

L'évolution des attributions législatives du Conseil d'Etat

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 21 mai 1938, à 13 h. 30

PAR

Jacques AUBOYER-TREUILLE

JURY DE LA THÈSE

***Président* : M. ROLLAND, Professeur**

***Suffragants* } M. LAFERRIÈRE, Professeur
 } M. SIBERT, Professeur**

**Librairie L. RODSTEIN
17, Rue Cujas, Paris (V^e)**

1938

L'évolution des attributions législatives du Conseil d'Etat

THESE POUR LE DOCTORAT

présentée et soutenue le 21 mai 1938, à 13 h. 30

PAR

Jacques AUBOYER-TREUILLE

JURY DE LA THÈSE

Président : M. ROLLAND, Professeur

Suffragants } M. LAFERRIÈRE, Professeur
 } M. SIBERT, Professeur

Librairie L. RODSTEIN
17, Rue Cujas, Paris (V^e)

1938

*La Faculté n'entend donner aucune approbation, ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs*



A MON BEAU PERE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Introduction

« Un chêne antique s'élève, l'œil en voit de loin le feuillage, il approche, il en voit la tige, mais il n'en aperçoit point les racines; il faut percer la terre pour les trouver. »

MONTESQUIEU,

Esprit des Lois, Liv. 30, Ch. I.

1. — Le Conseil d'Etat peut s'honorer d'être à la fois la plus ancienne de nos Institutions, car elle puise ses sources dans le Conseil du roi des premières dynasties et la plus brillante peut-être, si l'on considère l'œuvre immense par elle accomplie sous le Consulat et l'Empire, à l'apogée de sa gloire.

A toutes les époques, témoin de l'apparition et de l'effondrement des régimes, le Conseil d'Etat assiste et participe à l'évolution des différents éléments de la puissance publique.

En tant que Conseil — et c'est là son véritable rôle, nous chercherons à le prouver — le Conseil d'Etat remonte à l'origine de la Monarchie : les premiers rois de France s'entourent de fidèles qui peu à peu deviennent des juristes, des techniciens créant à côté du souverain un organe permanent, dont la compétence devient nécessaire au régime monarchique.

Aux côtés du roi, le Conseil d'Etat subit les évolutions du pouvoir exécutif; — son apogée coïncide avec les gouvernements forts et les princes résolus; — il tombe en disgrâce lorsque la souveraineté du peuple, érigée en principe par la Révolution, dicte au bras exécutif la volonté d'une assemblée dite représentative et lui impose une constitution qui veut enrayer l'arbitraire. Mais, tels certains fleuves qui s'enfoncent dans la terre pour reparaitre un peu plus loin faisant voir les mêmes eaux à de nouveaux rivages, le Conseil

d'Etat, appelé par Bonaparte à jouer un rôle dans une dictature puissante, renaît sous le Consulat et cette seconde naissance donne à notre institution une vigueur qui portera désormais celle-ci au-dessus des régimes. — L'Empire s'écroule, la Restauration passe, la République est trois fois renouvelée, le Conseil d'Etat demeure et conserve son attribut essentiel : celui de donneur d'avis.

*
* *

2. — Nous nous bornerons, dans cette étude, à montrer l'évolution des attributions législatives du Conseil d'Etat à travers l'Histoire et à proposer aujourd'hui un essai de restauration des fonctions traditionnelles du Conseil.

Le mobile qui nous a poussé à mettre en évidence une des principales attributions du Conseil du Roi et du Conseil d'Etat de Napoléon fut inspiré par les tendances de la politique contemporaine qui ont eu pour but de minimiser le rôle législatif jadis si glorieux de la première institution française au profit de fonctions juridictionnelles.

Notre intention sera moins de faire un exposé historique complet qui eût dépassé les limites de cet ouvrage que de montrer qu'à l'origine même du Conseil du Roi celui-ci détenait en matière législativ des fonctions importantes qui lui furent conservées sous les régimes les plus divers.

Nous aurons alors montré que les attributions législatives du Conseil constituèrent dans l'Histoire un des éléments naturels et essentiels de l'organisme.

Notre but — c'est peut-être un idéal difficilement réalisable — consiste à restituer au Conseil d'Etat en matière législative un rôle qu'il a presque complètement perdu depuis un demi-siècle. Aussi nous efforcerons-nous de réorganiser l'institution en nous basant sur les données historiques avec toutes les précautions que commandent les exigences d'un régime politique contraire.

Mais tout d'abord que faut-il entendre par attributions législatives ? Sans anticiper sur l'avenir, peut-on admettre que la notion de loi était connue sous l'ancien régime, et n'est-il pas téméraire de distinguer diverses fonctions législatives là où régnait la plus complète confusion des pouvoirs ?

Nos Rois, à la fois législateurs, chefs exécutifs et souverains juges réunissaient dans la même main tous les attributs du pouvoir.

— Etablissements, chartes, capitulaires, arrêts, ordonnances étaient mal diversifiés : le bon plaisir du souverain se manifestait dans des actes variés. Toute expression de sa volonté avait la même force obligatoire et la transgression de ses ordres amenait la même sanction. Mais ne faut-il admettre de lois véritables que depuis la Révolution qui, la première vit dans la notion de souveraineté les trois éléments : exécutif, législatif et judiciaire ? Nous ne le pensons pas; aussi avant d'entrer au fond de notre sujet, et en nous réservant le soin de revenir sur la controverse, il convient d'essayer de définir la loi en déterminant les phases du processus législatif connues sous l'ancien régime.

Le langage politique donne le nom de loi à tout acte émané d'un certain organe qualifié de législatif. Si nous acceptons une telle définition, nous serions amenés à nier que les Rois aient jamais imposé à leurs sujets une véritable loi, et à prétendre que celle-ci n'a pris naissance que le jour où fut différenciée des autres attributs de la puissance publique l'autorité législative seule compétente pour la formuler. Peu importe, à notre avis, l'organe politique dont émane l'acte; il y a toujours loi et il y a seulement loi quand un acte d'autorité constate par un écrit une règle de droit générale, abstraite, objective, et soumet à son exécution une généralité d'individus, de personnes morales. « La loi n'est autre chose qu'une règle commune aux citoyens; elle établit des principes généraux sur lesquels reposent leurs droits politiques et civils. » (1).

Or, il nous semble que sous les premiers rois francs existait déjà une certaine distinction entre les différentes phases du processus législatif : même en reconnaissant au monarque le droit absolu de faire la loi, on ne saurait nier que celle-ci fut d'abord l'objet d'une *préparation* qui réunissait un certain nombre de fidèles, de conseillers auprès du Roi; il n'est pas moins évident que le projet ainsi préparé ne devenait loi qu'après un *vote*, une *délibération* ou tout au moins un acte de volonté manifestant l'intention de rendre un texte obligatoire et une *publication* de la part de celui qui détenait la force exécutive. Enfin, il pouvait arriver que l'*interprétation* d'un texte législatif fut rendue nécessaire par l'application de celui-ci.

Quel rôle devait être réservé au Conseil d'Etat en matière législative ? C'est l'objet de notre étude.

(1) Avis du Conseil d'Etat approuvé le 18 août 1807 (Recueil Isambert).

Nous pouvons, dès à présent, affirmer que le Conseil d'Etat n'a jamais joui d'un pouvoir propre dans ce domaine : à aucun moment de l'histoire, notre institution n'a voté une disposition législative ; l'acte législatif émana toujours soit du roi réunissant dans la même main tous pouvoirs, soit du souverain, soit des Chambres organisées par la Révolution pour assumer le rôle de législateur. La collaboration du Conseil d'Etat à l'œuvre législative, se marque dans les phases antérieures ou postérieures au vote. Très importante fut en effet la mission que conféra l'histoire au Conseil d'Etat dans la préparation des textes législatifs et dans leur interprétation ; ces attributions sont les seules à proprement parler juridiques du processus législatif, et constituent les limites des attributions législatives du Conseil d'Etat.

Nous assimilerons provisoirement dans notre étude, les décrets réglementaires aux lois dont ils revêtent les caractères essentiels et nous pourrions considérer, sauf à en justifier plus loin que le Conseil d'Etat participe également à l'œuvre législative quand il prépare les règlements généraux.

Nous retiendrons donc comme attributions législatives du Conseil d'Etat, les fonctions conférées à cette institution dans la préparation des lois et règlements généraux, son rôle dans l'interprétation des textes législatifs, enfin son pouvoir propre à rendre des arrêts réglementaires, exerçant ainsi un pouvoir législatif secondaire qui lui fut parfois reconnu.

*
**

3. — Le Conseil d'Etat actuel peut être considéré comme issu de deux sources : l'une très ancienne remonte aux premiers temps de notre royauté, ayant elle-même calqué les conseils du roi sur le concilium romain ; l'autre n'est en réalité que l'épanouissement de l'institution, une pompeuse réapparition sous le Consulat et l'Empire. Le rôle du Conseil d'Etat, ses caractéristiques, ses attributions législatives pendant les époques marquantes de l'ancien régime feront l'objet de notre première partie.

Dans une seconde partie, nous nous proposerons d'examiner la renaissance du Conseil d'Etat sous Napoléon et l'évolution du Conseil après avoir été marqué de l'empreinte de l'ancien régime et de celle de l'Empire ; nous étudierons la transformation du vérita-

ble rôle du Conseil de notre institution et son acheminement vers un pouvoir propre en matière contentieuse consacré par la loi du 24 mai 1872.

Nous nous arrêterons dans une troisième partie à l'étude de certains projets d'aménagements des attributions du Conseil d'Etat et nous bâtirons un essai d'organisation de l'Institution en lui rendant son véritable aspect, celui de Conseil; nous le doterons en matière législative d'attributions que semble bien réclamer un régime où le pouvoir législatif, devenu la source même de la puissance publique, s'écroule sous l'incompétence du législateur et les méfaits de la politique.

Rattachant notre projet au principe de la séparation des pouvoirs proclamé par la Révolution, nous nous efforcerons de montrer, dans une conclusion, l'importance du rôle du Conseil d'Etat considéré comme médiateur des trois pouvoirs, chargé en quelque sorte d'assurer le bon fonctionnement de toutes les institutions, tout en conservant aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, les éléments fondamentaux de leurs attributions respectives.

Première Partie

**La véritable source du Conseil d'Etat :
le Conseil du Roi**

Introduction

L'EXERCICE DU POUVOIR LEGISLATIF A L'ORIGINE DE LA MONARCHIE LE RÔLE DE LA CURIA REGIS

SECTION I

LE RÔLE DES ASSEMBLÉES POPULAIRES

A l'origine de notre monarchie, la source du droit en vigueur chez les Francs comme chez les autres barbares était la coutume ; lois consacrées par l'usage ou plutôt usages reconnus « officiellement » formaient le corps du droit chez les nations germaniques. Les textes arrêtés, appelés pompeusement « Lois » n'étaient que des extraits de la coutume ; ainsi que l'atteste le prologue de la loi salique : « longa consuetudo pro lege habetur ; lex autem consuetudo scripta ». C'est donc sur la coutume que se greffaient toutes les lois rendues sous les Mérovingiens et même sous les Carolingiens. De nombreux capitulaires attestent l'autorité de « l'antiqua consuetudo ».

D'après M. REGNAULT (1) les dispositions des *leges* à l'époque franque ont un fond de vieux droit coutumier germain modifié, évolué sous l'influence du contact pris en Gaule avec les vaincus et les autres peuples déjà installés.

Voilà un premier caractère de la loi, sous les premières dynasties ; elle n'est autre chose que la reconnaissance écrite de la coutume.

Or la coutume est l'œuvre spontanée et inconsciente du peuple ; on ne fait pas la coutume, elle se fait.

(1) « Histoire du Droit », cours 1935-36, p. 88.

Dès lors, pour M. REGNAULT, il ne fait aucun doute que, dans la constatation écrite de la règle coutumière, le rôle capital doit appartenir au peuple, l'intervention royale ne s'expliquant que par le besoin de donner une sorte de consécration officielle au texte dans lequel la coutume est désormais enfermée.

M. GRANDCLAUDE (1) admet également le rôle de ces Assemblées populaires seule organisation politique centrale chez les Germains, dans l'établissement même des textes législatifs.

« Les capitulaires pro lege tenenda, véritables lois à portée générale, étaient établis par le Roi avec le concours de l'Assemblée populaire et pouvaient avoir n'importe quel objet. »

La loi qui venait compléter ou parfois modifier la coutume avait alors le véritable caractère d'un acte d'autorité, disposant d'une manière générale et abstraite des biens et des personnes et soumettant à ses dispositions obligatoires la totalité des sujets.

Ce pouvoir, proprement appelé législatif, appartenait donc en principe au peuple tout entier réuni dans des assemblées générales. Le Roi, dont le pouvoir était davantage d'assurer l'ordre et l'exécution de la loi que de légiférer, donnait sa sanction à l'expression de la volonté populaire : « Lex consensu populi fit et constitutione regis » (BALUZE I-642). La loi salique fut rédigée « cum Francis ».

L'Assemblée générale de la nation exerçait d'ailleurs une grande autorité sur les affaires de l'Etat : CLOVIS consulte l'assemblée des Francs sur sa conversion au catholicisme. Un décret de CHILDEBERT (an 515), rapporté par BALUZE (I, 17), s'appuie sur le consentement de tous les Francs : de même un édit de CLOTAIRE II se réfère à la souveraineté populaire (Dom Bouquet Tome IV p. 119).

Les placites généraux avaient d'ailleurs lieu régulièrement. Les annales de Metz rapportent en l'an 690 l'importance des réunions des kalendes de Mars : « Singulis annis in kalendis martii generale cum omnibus Francis, secundum priscorum consuetudinem, concilium ».

Sous la deuxième race encore, les réunions des placites sont nombreuses ; HINCMAR, dans son ouvrage *De ordine sacri palatii*, précise le rôle des réunions traditionnelles de Mars et de Mai.

« Consuetudo nunc temporalis erat ut non saepius sed bis in anno placita duo tenerentur, unum quando ordinabatur status totius

(1) « Histoire du Droit », cours 1935-36, pp. 104-136.

regni... *aliud placitum in quo futuri anni status tractari incipiebatur* ». Telle était la différence entre le *mallum* de Printemps et celui de l'automne. L'un préparait la loi, l'autre la votait.

L'avènement de Pépin donne aux actes royaux une nouvelle dénomination : « Capitulaires » : celle-ci employée déjà dans le sein de l'organisation ecclésiastique dès le IV^e siècle désignait alors le canon des conciles.

Sous Charlemagne, l'esprit qui inspire les Capitulaires diffère essentiellement de celui qui régit les donations généreuses des rois mérovingiens, en même temps qu'il fait par pitié des largesses à l'Eglise dans laquelle il trouve un soutien, Charlemagne éprouve le besoin de réglementer : dans son œuvre on trouve les premières dispositions, à proprement parler législatives qui révèlent une autorité incontestée. Mais le grand roi lui-même prescrit à tous les hommes libres de se rendre à ces assemblées générales : on trouve dans un capitulaire de l'an 769, sous l'art. 12, l'expression : « *ut bis in anno ad mallum omnes veniant* ».

Le Monarque prévoit même les réunions extraordinaires « *ad alia vero placita, si necessitas fuerit, vel denunciatio regis urgeat, vocatus venire nemo tardet* ».

Le pouvoir législatif semblait donc émané de la nation entière. Les expressions relevées dans les manuscrits de l'époque prouvent la présence de l'*animus populus* et attestent qu'après la délibération en commun, la décision était prise aussi par le « *generale placitum* », le « *generalis conventus populi* » ou encore par les « *universi franci* » ou les « *omnes liberi* ».

SECTION II

L'INTERVENTION DE LA CURIA REGIS

La Curia Regis existait cependant. Son rôle restreint devait grandir en même temps que les prérogatives royales. Le pouvoir du roi en matière législative était effacé, puisqu'il ne pouvait légiférer sans le concours de l'assemblée populaire : en effet, si le Monarque proposait des règles générales ou faisait appliquer les lois, l'assemblée du peuple conservait pour elle les attributions essentielles du droit

de légiférer : elle votait. — On peut même prétendre que les placita de Mars n'étaient réunis que pour préparer les lois et discuter des projets d'initiative populaire. — Ce que nous appelons aujourd'hui le droit d'initiative était donc également partagé par le peuple et par le roi qui n'exerçait dès lors un véritable pouvoir propre qu'en matière exécutive : maintenir l'ordre, sanctionner l'exécution des lois, rendre la justice, administrer, diriger une conquête, t^{el} était le rôle essentiel du roi aidé dans ces fonctions par un groupe de familiers, guerriers surtout.

Peu à peu le lourd mécanisme imposé par les traditions germaniques céda en faveur du roi, qui sut asseoir son prestige par une bonne administration et une justice équitable, et que le régime féodal devait considérer comme le souverain fief^{feux} du royaume. Le roi devait conquérir le pouvoir législatif, dernier élément de sa toute-puissance. Dans cette conquête, le rôle de curia regis, devenant le Conseil du roi, devait avoir une rare importance.

L'étude des textes nous permet d'entrevoir les principales causes de la progression des prérogatives royales et parallèlement des attributions de la curia regis :

a) L'étendue du royaume dont les frontières reculaient après chaque conquête rendit beaucoup plus difficile la convocation du peuple aux assemblées générales. La plupart des sujets furent contraints à vivre en dehors du gouvernement de leur pays. Les plus proches seuls répondirent à l'appel; et même les seuls fidèles du roi prirent l'habitude d'assister aux placita.

b) La multiplicité des lois, la diversité de leur objet, nécessitèrent une préparation des textes plus minutieuse et plus longue. Peu à peu cette élaboration qui était réservée aux Champs de Mars devinrent l'œuvre du conseil du roi qui devait remplir la mission de préparation et de conservation des lois.

c) L'autorité du conseil du roi ne tarda pas à s'affirmer. La division du travail entre ses membres, leur dévouement à la cause royale, la sagesse de l'élément ecclésiastique, la compétence des légistes eurent une influence de plus en plus évidente sur le développement du pouvoir royal.

d) L'importance prise par le conseil du roi devait enlever aux

placita leurs principales attributions : le peuple ne fut plus convoqué que par intermittence dans des circonstances purement politiques ou des cas posés par des événements extérieurs.

Dans les dernières années de la période Carolingienne, les assemblées populaires ont perdu leur périodicité.

Cette évolution est relatée par un texte, la préface de BALUZE. Celui-ci montre la disparition progressive du peuple des assemblées, pour laisser la place aux seigneurs et aux évêques, qui firent office de conseillers du Roi.

« Il serait historiquement puéril de rechercher si les rois ont toujours eu un conseil; la Monarchie n'est pas plus le gouvernement d'un seul que la République celui de tous, dit de VIDAILLAN » (1).

FUSTEL DE COULANGES (2) rapporte que le roi franc, lorsqu'il fait acte de roi, n'est jamais seul; il est entouré d'un petit groupe qui délibère avec lui, qui discute, qui lui donne son avis sur toute chose : « Assurément, poursuit l'historien, aucune loi écrite ne l'oblige à le consulter, mais c'est poussé par une nécessité morale qu'il le consulte ».

ARISTOTE, dans son *De Rep.* liber III c. 16, disait également : « Le souverain ne pouvant ni tout voir ni tout régler par lui-même, aura un conseil qui l'éclairera de ses lumières et le soulagera dans le détail de l'administration ».

Logiquement, par conséquent, le conseil du roi devait exister, tant il est vrai que l'art de gouverner a des limites que les siècles et les novateurs ne sauraient transgresser. La Monarchie française donna toujours le spectacle d'un « gouvernement à grand conseil ». Les manuscrits de l'ancien régime l'attestent, les historiens nous le rapportent.

(1) « Histoire du Conseil du Roi de l'origine à nos jours ».

(2) « Institutions politiques de l'ancienne France », tome III, « La Monarchie franque ».

SECTION III

DÉVELOPPEMENT DE LA CURIA REGIS

La Curia Regis devait se développer à l'ombre de la Royauté et grandir avec elle.

A l'origine sans doute, l'organisme avait pu servir d'intermédiaire entre les assemblées populaires qui votent la loi dans le tumulte et le fracas des armes, et le Roi qui cherche à exécuter la volonté du peuple en assurant lui-même le respect de la coutume et de la loi.

Au seuil de la féodalité, peut-être pouvait-on concevoir la Curia Regis comme une Assemblée des plus hauts Suzerains, vassaux directs du Roi, destinée à participer à l'administration du royaume et à assurer en collaboration avec le souverain fiefieux, l'organisation du territoire et l'exercice de la justice.

M. GRANCLAUDE (1) cherche en vain à établir l'exacte nature juridique de cette Curia Regis primitive. N'était-elle primitivement qu'une cour élargie du Duc de France ? Faut-il voir dans ces réunions une sorte de représentation nationale ?

Mais la Curia Regis devait peu à peu se dépouiller des éléments de tradition germanique qui avaient entouré son origine confuse ; le Roi convoquait en effet en dehors de ses vassaux directs, des arrière-vassaux, des clercs et des roturiers ce qu'il n'aurait pu faire si le droit de convocation n'avait reposé que sur le devoir vassalique d'aide et de conseil.

Il semble alors que la Curia Regis n'ait conservé son caractère purement féodal seulement lorsque le Roi convoquait ses vassaux pour le jugement de leurs pairs.

La Conception purement germanique de la Curia Regis était déjà modifiée. Abandonnant tout pouvoir propre, elle allait devenir le soutien de la royauté, l'écran destiné à abriter le Roi contre les réactions de l'esprit germanique, l'instrument de lutte à l'encontre des prétentions des Parlements et des Etats généraux.

(1) « Histoire du Droit », cours 1935-36, p. 487.

La Curia Regis devenait insensiblement le Conseil du Roi calqué sur l'ancien Concilium Romain et était appelée à bénéficier des fonctions toujours plus nombreuses acquises par le monarque.

La Curia Regis est avant tout une réunion de conseillers politiques, aucunement une usurpatrice du pouvoir, une rivale du prince ; c'est une fidèle collaboratrice de celui qui détient la puissance publique tout entière et qui avec une liberté absolue nomme des conseillers qui étaient les artisans de sa splendeur et de son autorité. Elle donne des avis au monarque, l'éclaire en lui apportant la compétence propre à chacun de ses membres ; cette compétence d'abord territoriale, les conseillers du Roi étant primitivement des « lieutenants », puis ses vassaux directs, devient de plus en plus technique lorsque le conseil sera lui même divisé en plusieurs branches.

« Donneur d'avis », l'organisme a une compétence quasi universelle : celle du prince lui-même. « Le Gouvernement doit être « à grand conseil », tel est le principe qui régira toute la royauté et qui peut même compter parmi les lois fondamentales qui régissent les peuples.

Dès que l'Etat s'affermir, un besoin de s'entourer de guides et de freins est éprouvé par ceux qui le gouvernent. L'esprit de délibération se fait aussi sentir et l'on voit naître et grandir les conseils qui se transforment en corps organisés.

FUSIEL DE COULANGES (1) relate le rôle politique déjà important des « réunions aristocratiques » tenus sous le règne de CLOTAIRE II : en 616 les Evêques et Grands de Burgundie sont appelés par le Roi à Bonneuil. En 626 les mêmes personnages sont réunis à Troyes. En 627 les Evêques et tous les Grands tant de Nèstrie que de Burgundie s'assemblent à Clichy. En 628, en 632, en 642 de semblables réunions ont lieu à Soissons, à Metz, à Orléans, à Autun.

La Curia Regis suit le Roi dans ses déplacements.

Le domaine des conseils s'étend ou se resserre selon les circonstances. Ici les conseils se trouvent renfermés dans un espace étroit où les bornes mal assises changent au gré du souverain ; là cet espace est élargi jusqu'aux limites du pouvoir législatif ou judiciaire.

La loi romaine avait laissé les Gaules marquées de son empreinte ; les conquérants Germains la trouvaient partout sous leurs

(1) Op. cit., p. 681.

pas, et partout les débris des institutions écroulées perçaient comme un granit sous les alluvions récentes. Or, les Empereurs avaient eu — leurs historiens l'attestent — un Conseil d'Etat qui offrait avec notre institution des analogies saisissantes et cela dès Auguste mais surtout sous Adrien quand il fut l'objet d'une réorganisation par cet Empereur. Si nous laissons de côté la section purement contentieuse de ce conseil, nous trouvons dans l'autre section, le concilium, les éléments essentiels de l'organisation de notre institution actuelle : les projets de lois étaient préparés dans son sein ; toute mesure administrative y faisait l'objet d'une délibération, enfin l'empereur trouvait dans les membres de son concilium l'aide morale, les avis, la compétence dont il avait besoin.

Ce mécanisme qui n'était arrivé à cette perfection qu'après tant de remaniements, ne pouvait immédiatement faire l'objet d'une assimilation par un peuple dont tout l'art résidait dans la guerre et dont la seule préoccupation était la conquête. Chez les Germains, comme chez les Francs, aucune organisation politique ; le peuple entier était appelé à se prononcer sur les décisions d'intérêt général, encore était-il peu fréquent qu'une question d'administration intérieure lui fut soumise ; un seul but, conquérir ; un seul devoir, porter les armes ; un seul problème, la désignation du chef, dont la bravoure et les victoires étaient remarquées par ses pairs.

Mais peu à peu l'influence romaine avait pénétré au sein même de la Curia Regis. Si celle-ci tenait des traditions germaniques le caractère d'organisme représentatif et à ce titre bénéficiait du droit de participer à l'administration du royaume, elle revêtait bientôt d'autres aspects dont il faut chercher le modèle à Rome.

Tandis que le pouvoir royal accroissait son prestige et son autorité, la Curia Regis semblait abandonner tout pouvoir propre, pour se confiner, à l'abri du monarque, dans le rôle de conseil et de collaborateur dévoué de la royauté. Aussi au déclin des assemblées populaires, la Curia Regis préféra dédaigner l'héritage de fonctions jadis prépondérantes, pour ne tenir que de l'autorité royale des attributions seulement déléguées : la Curia Regis devenait un véritable Conseil du Roi dont le caractère romain allait s'accroître.

L'influence de l'Eglise sur l'évolution de la Curia Regis ne fut par moins sensible que l'infiltration des principes mêmes du droit romain au sein de la monarchie franque.

L'action des Evêques sur le gouvernement, leurs rapports avec les rois mérovingiens, leur admission à la Curia Regis avaient pour effet non seulement de mêler continuellement les affaires ecclésiastiques aux affaires laïques, mais encore d'introduire dans l'administration du Royaume les principes découlant directement de la civilisation romaine.

L'interpénétration des éléments temporels et spirituels apparut à la fois dans les conciles, de plus en plus nombreux, devenus des assemblées mixtes par leur objet comme dans leur composition, et dans la Curia Regis où les princes de l'Eglise s'immiscèrent aux leudes, aux grands.

L'action de cet élément religieux devait donner à la Curia Regis le caractère de conseil qui allait devenir l'élément essentiel et fondamental de l'institution.

Née du principe germanique, la Curia Regis devait évoluer sous les influences conjuguées des traditions romaines et des conceptions de l'Eglise.

Telle est l'empreinte déjà reçue par l'organisme lorsque celui-ci cesse d'être une réunion de partisans régie par le favoritisme. Son rôle devait être immense. M. DE TOCQUEVILLE, dans son ouvrage (1), nous fait entrevoir les larges attributions dont jouissait la Curia Regis.

« Au centre du royaume et près du trône s'est formé un corps administratif d'une puissance singulière et dans le sein duquel tous les pouvoirs se réunissent d'une façon nouvelle. Il est tout à la fois cour suprême de justice, tribunal suprême administratif, conseil de gouvernement, il possède en outre, sous le bon plaisir du roi, la puissance législative »...

Cette importante institution c'est la Curia Regis. Sa compétence est si étendue que nombre d'auteurs y trouvent la source de toutes nos institutions politiques actuelles. Elle est trop « informe », trop « omnipotente » de l'avis des autres, pour être la base, le fondement de quelque institution particulière.

(1) « L'ancien régime et la Révolution »,



L'un caractère général peut cependant être dégagé d'une étude de l'institution : le concilium regis est un « donneur d'avis. » Nous nous efforcerons de le montrer dans notre étude.

Si nous essayons de jouir d'une vue d'ensemble sur l'histoire de notre institution pendant la Monarchie française : le développement du Conseil du Roi semble s'être effectué en trois étapes, avant de parvenir au Conseil d'Etat renversé par la Révolution :

CHÉRUFI, dans le *Journal d'Olivier d'Ormesson*, distingue l'époque où le Conseil du Roi était à la fois assemblée politique, chambre des comptes et cour de justice, celle où se prépare l'organisation définitive de l'institution (1408-1661) et les XVII^e et XVIII^e siècles pendant lesquels s'effectue le complet développement du Conseil d'Etat.

Nous tenterons de mieux faire apparaître encore l'importance des ordonnances et règlements de PHILIPPE LE BEL et de ses successeurs sur le rôle législatif du Conseil, en divisant ainsi l'histoire de notre institution :

a) De l'avènement de la première dynastie au début du XIV^e siècle :

La Curia Regis, réunion, autour du roi, de princes laïques et ecclésiastiques, assemblée de vassaux plutôt que conseil de juristes, a les attributions les plus variées. L'institution forme un bloc compact, aux contours mal définis, au sein duquel aucune division du travail ne paraît avoir été recherchée. Nous retrouvons dans la Curia Regis, des éléments variables appelés par le Roi suivant les circonstances et un noyau assez petit de fidèles qui suivent le monarque dans ses déplacements et constituent l'élément permanent du conseil.

b) Sous PHILIPPE LE BEL, deux importantes ordonnances de 1201 et 1302 détachent du Conseil du Roi les attributions du futur pouvoir judiciaire en donnant à un Parlement la connaissance des procès et envisagent au sein même du conseil la division entre Grand Conseil et Conseil commun : c'est le premier pas de l'institution vers une **séparation des fonctions**.

c) — L'organisation du Conseil d'Etat s'achève à l'apogée de la monarchie : ce fut la réglementation de RICHELIEU qui, le 18 Janvier 1639, arrêta les attributions du Conseil, dont certaines, sous FRANÇOIS I^{er} et HENRI II, avaient déjà été précisées. Une ordonnance de 1661 régularisa le service du Conseil dans lequel la minorité de Louis XIV avait ramené la confusion. Le Conseil d'Etat devait alors garder la même physionomie jusqu'à la Révolution.

Sans étudier le détail des fonctions du Conseil, nous nous efforcerons d'établir le rôle législatif qu'il fut appelé à jouer aux différentes étapes de son organisation : nous chercherons à montrer, dans le cadre de l'évolution générale de l'institution, le seul mécanisme des attributions législatives.

La carence des études sur le rôle législatif du Conseil du Roi nous obligera souvent à rechercher dans les textes eux-mêmes la part de l'activité du Conseil dans la préparation et l'interprétation des lois.

Notre but sera moins de dresser un exposé historique complet des attributions du Conseil du Roi que de prouver que, dès l'origine, celui-ci eut un rôle actif en matière législative qui lui fut traditionnellement conservé jusqu'à la Révolution.

Chapitre I

LE CONSEIL DU ROI JUSQU'AU XIV^e SIECLE

Le Conseil du Roi naquit de l'évolution de Curia Regis.

De bonne heure nous l'avons vu, les rois Capétiens avaient attaché à leur personne des Conseillers : hommes de confiance choisis pour leur sagesse et leur science au sein même de la Curia Regis. Ces personnages, clercs et légistes, sont appelés les conseillers du Roi et, d'après ESMEIN, on parle déjà d'eux au XIII^e siècle comme composant le Conseil du Roi.

Mais ce Conseil n'est point encore un corps de l'Etat ; nous sommes en présence d'un service privé et domestique du monarque plutôt que d'une institution.

Mêlés aux vassaux et aux prélats qui constituaient la Curia Regis, ces « conseillers gagés » étaient chargés par le Roi de besognes multiples et diverses mais leur principal emploi était de donner des avis.

La Curia Regis changea de caractère. D'après LANGLOIS (1), sous le règne de Philippe III le Hardi, la Curia palatine s'occupait de régler au nom du Roi les affaires courantes : mais dès qu'il s'agissait d'une décision importante relative soit à la guerre, soit à la Croisade, soit au droit public du Royaume les Barons et les Prélats venaient s'acquitter auprès du roi de leur devoir de « conseil ».

Le Conseil du Roi fut, selon l'expression de BRISSAUD (2), une « réduction de la Curia Regis des premiers Capétiens ». Cette cour féodale à composition inconsistante devait donner naissance à deux organismes :

(1) « Le règne de Philippe III le Hardi », p. 289.

(2) BRISSAUD : « Manuel d'histoire du Droit français », 1898, p. 816.

1° Un conseil peu nombreux composé surtout d'officiers du Roi et de conseillers ou clercs attachés à sa personne ; à l'origine conseil ambulant, suivant le roi dans ses déplacements et consulté surtout pour l'expédition des affaires courantes.

2° Une assemblée plus considérable pour les affaires exceptionnelles, Cour Plénière, Etats Généraux.

Dès le règne de Philippe I^{er}, d'après DECLAREUIL (1), le gouvernement glisse de l'assemblée des fidèles et des vassaux au petit groupe de curiales qui se renforce et d'où émergent quelques officiers spécialisés en des charges qui vont devenir les premières du royaume. Sous Louis VI et Louis VII l'administration est concentrée aux mains de ces curiales; avec ceux-ci Philippe Auguste se constitue une sorte de conseil permanent. Ce conseil composé d'hommes de modeste origine se distingue alors des assemblées ou conventus qui ne sont plus convoquées que pour les affaires graves et exceptionnellement.

Aux XII^e et XIII^e siècles se développait ainsi, au préjudice de l'élément féodal, un corps d'élite qui mit au service de la royauté la science et le dévouement des légistes, l'autorité morale des Evêques.

Le Conseil du Roi devait permettre à la royauté de conquérir le droit de légiférer. La féodalité, refuge des principes germaniques, était un instant subjuguée; l'autorité royale devait voir grandir son prestige tandis que le Conseil du Roi travaillait à consolider l'œuvre entreprise par une législation prudente et une sage administration.

(1) DECLAREUIL ; « Histoire générale du Droit français », éd. 1925, p. 453.

SECTION I

L'EXISTENCE DU CONSEIL DU ROI PROUVÉE PAR L'EXÉGÈSE

Bien que le formalisme, à peine né à l'époque mérovingienne, ne soumit pas le prince à un rigorisme qui eût nui à l'élaboration des premiers éléments d'une législation rudimentaire, les lois primitives de Clovis et de ses descendants étaient cependant étudiées, formulées, signées et conservées dans des manuscrits. — Si aucun document authentique, antérieur au règne de Clovis, ne nous est parvenu, il existe de ce prince un diplôme rapporté par MABILLON dans son « de re diplomatica » (p. 463), par lequel Clovis fait don à Euspice et à Maximin du domaine royal de Micy situé entre Loire et Loiret. Ce diplôme daté circa annum 508, comporte in fine la marque de la volonté royale et quelque contre seing d'un évêque venant y ajouter son témoignage : le document se termine en effet par la mention suivante : « Ita fiat ud ego Chlodoveus volui — Eusebius episcopus confirmavi » — Ce document à lui seul nous montre déjà qu'un évêque de l'entourage du roi joue un certain rôle dans la manifestation de la décision royale. Sans vouloir exagérer l'autorité morale, le pouvoir de persuasion du personnage ecclésiastique, nous devons admettre que la signature d'Eusèbe, évêque, a une signification; celle-ci fût-elle secondaire.

Un diplôme de Childeric II accorde des privilèges aux religieux du Monastère de Montiers en Der — Il se termine par une formule nouvelle que le roi veut signer avec ses fidèles, tant évêques qu'optimats (MABILLON, *Annal.* Tome 1, p. 508). (1).

Très nombreux sont rapportés les diplômes où figurent le nom, la signature, parfois la fonction des conseillers du roi.

D'autres textes, chartres, lettres, déclarations, capitulaires qui

(1) Un autre diplôme de « Chlodovici junioris », anno 653, par lequel ce prince octroie la franchise du Monastère de Saint-Denis (MABILLON, *id.*, Livre VI, p. 466), relate la signature de nombreux conseillers. L'énumération très longue atteste les différentes « qualités » des signataires. Des évêques, des officiers du palais, de simples conseillers, composaient alors le Conseil du Roi, tous semblaient jouir des mêmes droits ou des mêmes pouvoirs; aucun rang ne paraît avoir été respecté.

émanent du pouvoir royal et ont eu longtemps la même signification et la même portée, relatent que la décision qu'elles comportent a été prise après avis ou après le consentement de l'entourage du roi.

Un diplôme de Clotaire II porte qu'il est rendu « cum nos mosalago in palatio nostro, cum apostolicis viris patribus nostris episcopis, optimatibus palatii nostri, ad universorum causas audiendas resideremus ».

FUSTEL DE COULANGES (1) rapporte qu'en 595 un roi d'Austrasie, Childebert II, promulgue un acte législatif en quatorze articles et déclare qu'il a préparé le texte alors qu'il traitait les affaires avec ses grands à toutes les calendes de Mars. L'historien souligne l'habitude prise par les rois de consacrer l'automne et l'hiver à la chasse le printemps et l'été à la guerre et de convoquer les grands durant les quelques semaines qui séparaient les deux périodes pour légiférer et examiner avec eux les questions politiques, administratives et judiciaires.

Sigebert, écrivant à l'évêque Didier une lettre rapportée par BALUZE, tome I, p. 144, s'exprime en ces termes : « Nobis cum nostris proceribus convenit ».

Les collections de lettres de Gerbert (Epist. CVII) contiennent un document adressé en 987 par Hugues Capet à l'archevêque de Sens : il s'agissait évidemment d'une circulaire adressée à tous les évêques. Le roi annonce qu'il ne veut point abuser de l'autorité royale et qu'il s'entourera pour les affaires les plus importantes, du conseil des grands du royaume qu'il appelle ses fidèles. Il annonce aux évêques, son intention de les faire concourir à ces délibérations et les requiert de lui prêter serment en cette qualité « uti ante kalendas novembris eam fidem, quam ceteri nobis firmaverunt, confirmetis » Regali potentia in nullo abuti volentes, omnia negotia reipublicae in consultatione et sententia fidelium nostrorum disposuimus.

Faut-il, pour se convaincre de la portée de cette lettre, rapprocher le serment prêté antérieurement au roi Hugues Capet, par l'archevêque de Reims (rapporté liber feudorum 2, titre VII et Rer. Gallic. et Franc. script. T. X. p. 516.) — où l'expression suivante est transcrite : « consilium et auxilium secundum meum scire et posse in omnibus negociis praebiturum ».

(1) « Institutions politiques de l'ancienne France », tome III, « La Monarchie franque », p. 602.

La lettre d'Hincmar aux grands du royaume en 862 (Hincmari Epistola, dans DUCHESNE, tome II, p. 487), montre encore qu'il existait dans l'entourage du roi de véritables conseillers chargés de seconder le monarque dans l'exercice d'un pouvoir législatif encore rudimentaire.

SECTION II

L'AVIS DES ANCIENS HISTORIENS SUR LE CONSEIL DU ROI

Les anciens historiens commentent tous l'importance du rôle du Conseil du Roi.

« Il est nécessaire au prince, dit PASQUIER d'avoir gens autour de soy, pour lui administrer conseil aux affaires qui se présentaient pour l'utilité du royaume.

DOM BOUQUET, dans la vie de Saint-Germer (T. III, p. 550), rapporte que celui-ci fut choisi par Dagobert pour présider le Conseil en raison de sa science et de sa pondération :

« Dagobertus accersivir eum in palatio suo et videns eum doctum in verbis et sapientem in consiliis praefecit cum consiliis suis ».

GRÉGOIRE DE TOURS nous présente Theudebert, le fils de Childebert en 539, entouré des conseillers du roi :

« Childebertus, Thedebertum filium suum seniore[m] illud dirigendum destinat, cum comitibus, majoribus qui ad exercendum servitium regale erant necessarii » (Livre IX Chap. 36).

PASCHASE RADBERT, dans la vie de Vala, nous montre celui-ci dans son rôle de conseiller du roi :

« Rectoris officium suscepit consiliariis totius imperi una cum caeteris praelectis constitutus est ordinatus senator cum aliis vel regni senatoribus, ut consilium daret de singulis ». (1^{re} partie, Livre 2, p. 509).

ABBON, le doctrinaire de la monarchie capétienne, déclare :
« Comme le devoir du roi est de connaître à fond les affaires du royaume tout entier, comment pourrait-il suffir à une pareille tâche sans le consentement des Evêques et des Grands du royaume ? De quelle façon exercera-t-il son ministère en luttant contre la perfidie des rebelles si les princes du royaume ne lui prêtent l'aide et le conseil qu'ils lui doivent en vertu de sa dignité. » (1)

COQUILLE lui-même ne contestait ni l'utilité du Conseil du Roi, ni l'étendue de la compétence de celui-ci. Il s'exprime quelque part en ces termes :

« Vray est que selon l'ancien établissement, le Roi a des conseillers, les uns nés, les autres faits, sans l'assistance desquels il ne doit rien faire, puisqu'en sa personne il reconnaît toutes les infirmités qu'ont les autres hommes ».

Nous avons décelé la présence des conseillers du Roi dans les premiers documents législatifs de l'ancienne monarchie. Nous avons relaté l'avis des anciens historiens dont les recherches laborieuses ont tenté de faire la lumière sur une époque où prirent naissance la plupart de nos institutions et d'où devait sortir le règne de la monarchie absolue.

L'existence du Conseil nous a paru démontré ; il ne s'agit d'ailleurs que de l'évolution de l'ancienne curia regis dont les membres abandonnèrent les préoccupations guerrières pour envisager avec le Roi l'organisation pacifique du territoire conquis et la soumission des peuplades dominées par les armes.

Il nous faut maintenant entrer plus directement dans l'objet de notre étude et rechercher les attributions du Conseil du Roi en matière législative.

(1) GRANDCLAUDE : « Histoire du Droit », cours 1935-36, p. 485.

SECTION III

LES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES DU ROI EN SON CONSEIL

§ I. — *Formation et interprétation de la coutume*

Peut-on concevoir dans le chaos des textes, la diversité des documents qui nous sont parvenus, quelques attributions purement législatives du Conseil du Roi ?

Nous ne pouvons dégager du rôle général que joue le Conseil du Roi qu'un ensemble de fonctions mal différenciées.

Nous avons vu, d'autre part, qu'il était difficile de distinguer primitivement la loi, l'acte administratif ou exécutif et même le jugement, ce dernier étant souvent arbitraire et ne reposant sur aucune base juridique.

Essayons cependant de montrer que, parmi les attributs variés du Conseil du Roi, il en est qui peuvent être aujourd'hui qualifiés de législatifs. Quelques documents pris au hasard, les études des historiens nous ont permis d'affirmer que les monarques des premières dynasties avaient auprès d'eux des conseillers. Les diplômes recueillis à cette époque relatent la présence, sinon l'influence de personnages divers qui entourent le roi, sont nommés dans l'acte et souvent apposent leur signature à côté de celle du prince. L'existence d'une cour et d'un Conseil ne saurait être niée, même sous les Mérovingiens.

Le jour où le système de la vengeance privée et la loi du talion cédèrent la place à l'autorité d'un chef, la marque du pouvoir résida dans le droit de juger, de départager deux opinions qui ne s'affrontaient que par les armes, d'imposer aux parties une solution souveraine : bref, le roi avait le pouvoir de dire le droit dans une sentence indiscutée. Le nombre des différends, la diversité des affaires, la complexité des cas soumis à l'arbitrage du roi obligèrent celui-ci à s'entourer de conseillers.

D'après ESMEIN, la Curia Regis avait fourni au Roi avec une périodicité irrégulière à la fois un grand conseil de gouvernement et le personnel des assises judiciaires : elle fonctionnait en cette qualité tant d'après la tradition de la monarchie franque que d'après les principes féodaux.

La cour du roi se transformait ainsi selon les circonstances en cour des pairs, en conseil du roi ou en véritable tribunal.

Longtemps, le Conseil du Roi, lui aussi sorte de prétoire, résolut les conflits les plus divers sous cette forme judiciaire : tout était soumis au roi ; par les requêtes que lui adressaient les sujets, ceux-ci chargeaient le prince de trancher une difficulté et admettaient son autorité ; par le droit d'évocation le roi connaissait de toutes les affaires qu'il lui plaisait de régler lui-même. Le roi était la source de toute justice ; ses décisions devinrent la principale source du droit lorsque, insensiblement, le prince acquit le pouvoir législatif. Dans l'interprétation de la coutume, dans les arrêts du conseil, dans la portée générale de certaines sentences, se trouvaient en germe les éléments essentiels de la loi.

Nous savons sur quelles bases rudimentaires étaient fondés les principes juridiques des premiers Francs : les textes écrits étaient rares et incomplets ; la loi salique elle-même était loin de régler toutes les questions que posait son exécution. Les mille rapports que les Francs avaient entre eux étaient régis surtout par la coutume consacrée par l'usage. « *Longa consuetudo pro lege habetur* » disaient les anciens. De nombreux capitulaires attestent également l'autorité de l'*antiqua consuetudo*.

BEAUMANOIR, qui écrivait à une époque où la loi n'était autre chose qu'un mélange de traditions, d'usages et de coutumes, prétendait que rien n'importait davantage au souverain, aux magistrats, aux justiciables que de savoir si certains faits répétés formaient un usage, si cet usage était devenu une coutume et si cette coutume avait reçu la sanction nécessaire pour avoir le caractère de la « *consuetudo approbata* ». — Ces questions délicates étaient soumises à l'examen d'enquêteurs détachés du sein du conseil du roi et jugées en conseil. — (Olim, T. II, p. 240, N° 177.) La théorie cédait aux faits, la science des juriconsultes s'effaçait devant l'expérience des anciens ou des prud'hommes, et toute l'autorité d'une coutume résidait dans l'interprétation qu'en faisait le conseil du roi : telle fut probablement la première attribution législative du conseil qui pour être indirecte n'en fut par moins considérable au moment où s'ébauchaient les premiers éléments de la législation française.

La coutume naît et devient obligatoire pour le souverain lui-même, si elle est approuvée par l'une des voies qui, d'après BEAU-

MANOIR conduisent à la preuve de la coutume : sans aucun débat judiciaire, si les usages ont été constants et invariables de mémoire d'hommes ; à l'aide d'une procédure judiciaire, par jugement, si à la faveur d'un différend la contestation a été tranchée par les conseils. (1)

Dans les deux modes admis en preuves par BEAUMANOIR, le Conseil du roi joue un rôle effectif. Les enquêtes par turbes réunissent les prud'hommes du comté : mais ce sont des membres du Conseil du Roi qui convoquent, qui dirigent ces comités ; ce sont eux qui recueillent les avis des vieillards éclairés par l'expérience et guidés par leur mémoire fidèle ; ce sont eux aussi qui interprètent les déclarations recueillies et formulent la coutume. Souvent même il en est retenu au Conseil du Roi lui-même, qui arrête le texte de la coutume ainsi élaborée.

On devine l'importance du rôle du conseil qui sous la forme d'une interprétation pouvait augmenter ou restreindre les effets d'un usage ou même par souci d'unification des coutumes, essayer les rigueurs d'une pratique.

Mais le Conseil du Roi avait aussi directement la connaissance des coutumes lorsque les contestations individuelles amenaient les plaideurs devant lui. Les requêtes affluaient et les difficultés de tous ordres étaient soumises à l'arbitrage du roi en son conseil. Il est incontestable que dans le chaos de la multiplicité et de la diversité des affaires, le Conseil du Roi fit œuvre de législateur. Sur les procès que nous appellerions aujourd'hui judiciaires, se greffaient des décisions souveraines par lesquelles le Conseil interprétait la coutume et, outre-passant l'autorité relative de la chose jugée, imposait à tous les effets d'une sentence individuelle.

Faut-il ajouter l'évocation, prerogative royale qui, avant d'être expressément reconnue au souverain, fut l'objet d'une pratique née avec l'autorité et développée avec le pouvoir. Le roi en son conseil pouvait connaître de tous les cas qu'à tout moment de la procédure

(1) A. BERGNOT (I CXXIV, p. 338) : « Coutume si est approuvée par l'une de ces deux voies : 1^{re} dont l'une des voies si est générale pour tout le comté et maintenue de si long rans comme il por souvenir à home, sans nul debat... ; 2^{re} et l'autre voie c'on doit connoistre et tenir por coutume, si est quant debas en a este et l'une des parties se vent aider de coutume, et fut aprovee par jugement... Par ces deux voies pot on prouver coustumes... Le roi est tenu à garder et à fere garder les coustumes de son royaume ».

il pouvait soustraire et que l'intérêt général ou seulement le bon plaisir lui commandait d'attirer à lui. L'interprétation donnée à une coutume était alors souvent arbitraire. Elle conciliait parfois la faveur avec le droit ; elle coïncidait alors avec la prérogative, timidement reconnue à l'origine, de faire des établissements qui allaient souvent à l'encontre des prescriptions coutumières.

§ 2. — *Elaboration des premiers établissements*

BEAUMANOIR (1) admet qu'en face du droit coutumier il existe un droit nouveau, issu de la volonté du prince et provoqué par les circonstances. Si la coutume est la règle en temps de paix, des établissements peuvent être faits en cas de nécessité, en temps de guerre ou en période troublée. Le célèbre historien rappelle ce principe dans plusieurs passages. Il relate la véritable origine du pouvoir législatif dont le roi fut, durant toute la monarchie, le seul dépositaire et le Conseil du Roi, l'instigateur.

Il ne s'agit plus d'une usurpation du plus fort au détriment des membres les plus faibles d'une même famille, d'un même clan, d'une même race : ni du droit de commandement qui, sur des hordes guerrières, conférait au chef outre le droit de vie et de mort sur ses soldats, celui d'imposer sa volonté en tous lieux et en toutes matières. Ce n'est plus l'exercice d'un pouvoir de fait développé dans le cadre d'une civilisation rudimentaire dans laquelle le principe même de l'Etat était inconnu et où l'autorité n'était fondée que sur la force.

Nous assistons au contraire, avec les premiers rois de France à ce que nous appellerions aujourd'hui la « reconnaissance » (légale) du pouvoir législatif entre les mains du roi. Les légistes, les juristes et les historiens de l'époque reconnaissent au roi le droit, dans des circonstances extraordinaires, d'imposer une contrainte, d'édicter une mesure, bref de faire œuvre de législateur.

Cependant ce droit de légiférer ne pouvait être exercé que dans des conditions d'application strictes (2). Mais la royauté sut vite pro-

(1) BEAUMANOIR : « Coutumes du Beauvoisis rapportées par Arthur Beugnot », I, CXXIV, p. 338.

(2) BEAUMANOIR (Beugnot, CXLIX, II, p. 259 ss., n° 1) : « Aucuns tans sont esseiutés (exceptés) c'on ne pot pas fere ne ne doit ce qui a esté accoutumé de lonc tans por droit ; si come çascuns pot savoir que il sont deux

fliter de l'imprécision des termes « tans de guerre ou de doute de guerre à venir » ; vite les princes imposèrent leurs établissements en temps de paix, prétextant la nécessité de réformes administratives ou d'organisation des territoires conquis.

Mais BEAUMANOIR rapporte également que les princes ne devaient pas dans leurs établissements se soustraire à l'obligation de légiférer par « résonable cause » « pour le commun profit » et « par grand conseil » .

Si la « resonable cause et le commun profit » rencontrèrent dans le pouvoir arbitraire un ennemi souvent redoutable et si la maxime de LOYSEL (*Institutions coutumières*, T. I p. l'éditeur Laurière) « qui veut le roi, si veut la loi » trouvera trop souvent son application, l'Histoire nous permet d'affirmer que le rôle du Conseil du Roi fut toujours important dans les décisions prises : les établissements, les édits, les ordonnances mentionnent presque toutes la présence des conseillers et prouvent qu'en matière législative l'entourage du prince n'a jamais perdu les prérogatives qu'il tenait à la fois des circonstances et de la faveur royale.

Au moment de l'essor de l'autorité législative, si on ne peut nier que celle-ci fut partagée entre le roi et un organisme à son déclin, la grande assemblée du peuple, on ne saurait prétendre que le prince était le seul à bénéficier du pouvoir abandonné peu à peu par les placita ; les grands eurent longtemps un pouvoir législatif secondaire qu'ils s'étaient arrogés par la force et qui rendait plus efficace encore, les prérogatives reconnues par le roi aux seigneurs justiciers ; de leur côté les baillis, pour n'être que des délégués royaux, n'usaient

manieres de tans, l'un de pes et l'autre de guerre ; si est resons (raison) que li tans de pes soit demenés par les uz et par les coutumes qui ont été usés et acestumés de lonc tans por vivre en pes ; mes il tans de guerre et ou tans que l'on se doute de guerre, il convient fere as roi as princes, barons et as autres seigneurs moult de cozes que s'il les fesoient en tans de pes, ils feraient tor à lor songes (sujets) ; mais li tans de nécessité les excuse ; par-quoi les rois por fere novies (nouveaux) établissements por le commun profit de son roïaume » .

...« Tous tix établissements et autres qui soient convenable à li ¹ et à son Conseil pot fere li rois por le tans de guerre ou por toute de guerre à avenir. »

...« Le roi est souverain par desor tous et a de son droit, le general garde de son royaume par quoi il fere établissement comme il lui plect por le commun profit et ce qu'il establît doit être tenu. »

pas moins d'un pouvoir quasi discrétionnaire très voisin du pouvoir législatif.

Mais il faut remarquer qu'au « dessus du royaume se trouvait le roi », législateur suprême au même titre que haut justicier, souverain fiefieux devant lequel les seigneurs devaient s'incliner ; aux côtés du roi, la Cour royale, le Parlement, le Conseil, détenteur des lois fondamentales du royaume, défenseur des traditions et des principes de droit, peut se glorifier d'avoir été le véritable instigateur de l'œuvre législative.

Sans nier le droit des seigneurs, auxquels il confère d'ailleurs un certain pouvoir législatif en temps de nécessité, BEAUMANOIR veut attribuer au roi la souveraineté en la matière et à lui seul le droit de déroger à la coutume en temps ordinaires, mais il souligne l'intervention nécessaire du Conseil du Roi :

« tout soit que li rois puist fere noviax etablisement il doit moult prenne garde qu'il les face par resonable cause, par le commun profit et par *grand conseil* et spécialement qu'il ne soit pas fes contre Dieu ni contre bones mœurs.

Ce fut donc sous un double aspect que l'autorité législative parvint à la royauté : Le rôle joué par le pouvoir royal dans l'élaboration et l'interprétation de la coutume lui permettait de créer le droit : la faculté de faire des établissements conférait au monarque la prérogative de modifier directement la coutume en cas de nécessité.

L'autorité législative était désormais ouvertement reconnue à la royauté qui avait recueilli sans heurt les pouvoirs des anciens placita ; mais tandis que le roi devenait souverain, le Conseil du Roi voyait son autorité accrue et sa participation effective dans tous les domaines : l'autorité royale c'était désormais « le Roi en son Conseil » ; le Conseil était devenu le cerveau de la monarchie.

La tradition romaine avait déjà fait son œuvre : la monarchie des rois de France tendait à l'absolutisme tempéré par un Conseil

SECTION IV

FONCTIONS PARTICULIÈRES DU CONSEIL DU ROI EN MATIÈRE LÉGISLATIVE

Mais comment établir le rôle de ces viri illustres, de ces optimats clercs ou laïcs qui composaient le Conseil du Roi ?

Le moment où la Curia Regis devint au sens propre du mot le Conseil du Roi paraît coïncider avec l'époque où le pouvoir royal tente d'asseoir sa souveraineté en bénéficiant de l'autorité législative abandonnée par les Assemblées populaires.

Quelles sont alors les fonctions particulières du Conseil du Roi en matière législative ?

§ 1^{er}. — *Secrétaire permanent du Roi*, le Conseil est organisé pour remplir les différentes fonctions que nécessitaient à cette époque la préparation, la rédaction et la conversation des textes législatifs rudimentaires.

A l'élaboration de l'acte législatif semble assister le Conseil entier composé des membres les plus influents de l'armée, de la noblesse et du clergé ; mais la signature qui figure à côté de celle du roi semble indiquer que si le prince prend la responsabilité morale de l'acte un officier de la couronne s'engage à conserver intact le manifeste de la volonté royale.

MABILLON dans son « de re diplomatica » rapporte au Livre VI numéro XX un diplôme de Childebert III, roi des Francs, et l'annote ainsi : « In hoc specimine Childebertus grandisculus litteris subscribit ; Wlfolæcus unus ex secunde ordine cancellarius duas cruces signo suo apponit, ut de agliberto observatum est in tabella superiori ».

Différentes mentions recueillies au hasard des textes législatifs rendus par les rois de la première race attestent les fonctions matérielles remplies par les officiers de la couronne :

« Ego, Attalus, obtuli et subscripsi (Nv. gall. Christ. T. 4, p. 127).

« Ego, Valentianus, novarius et amanuensis, recognovi et subscripsi. (collect. scrip. rer. Franc. T. 4, p. 621).

« Ego, Extricus, palatinus scriptor, recognovi et subscripsi. »
(MABILLON, Ann. Benedict. T. 1 p. 189).

Une ordonnance de Louis le Gros (Ord. des rois des France Vol. 1, p. 4) datée de l'an 1137 de l'Incarnation, montre la fonction du Chancelier Etienne : c'est lui qui transcrit le texte de l'ordonnance.

« Adstantibus in palatio nostro quorum nomina substitulata sunt et signa sigum Wilhelmi dapiferi. S. Hugonis constabularii ; Gislberti, buticularii ; S. Guidonus comenarii ; Data per manum Stephani cancelarii ».

§ 2. — *Donneur d'avis.* — Nous sommes parvenus à préciser par les textes la fonction du chancelier chargé en quelque sorte de « relater par écrit », les ordres reçus sur les matières les plus diverses. Mais les membres du conseil du roi ne joueraient-ils que le rôle de témoins à l'acte ? Leurs fonctions se borneraient-elles à prouver que le document signé par le roi et le chancelier traduit fidèlement la volonté royale ? N'auraient-ils que ce droit de contrôle sur les textes législatifs que le Conseil du roi pourrait être considéré, en vertu du principe germanique, comme jouissant d'une véritable attribution législative, dans un « gouvernement représentatif spécial », selon l'expression de BEUGNOT. Mais les textes nous permettent d'affirmer que le Conseil du Roi concourt effectivement à l'exercice du pouvoir législatif à la fois par les avis dont le roi tient à s'entourer et même souvent par la participation directe des conseillers à la décision prise.

Nombreux sont les diplômes, les capitulaires, les ordonnances dans lesquels le roi marque lui-même qu'il a pris conseil de son entourage pour prendre la décision qu'il impose à ses sujets.

Le préambule du premier capitulaire de Charlemagne, rapporté par BALUZE (T. 1, p. 179), débute par ces termes : « *Hortatu fidelium nostrorum et maxime episcoporum ac reliquorum sacerdotum...* ».

Charlemagne consulte souvent son conseil. Il ne tranche une question qu'après avoir pris conseil : « *cunctorum consiliariorum consultu definitum est* ». (BALUZE I p. 210).

Louis le Débonnaire, dans un Capitulaire de 822, s'exprime ainsi :

« *Etsi omnibus, vobis ista complacuerint, dicite ; et tertio ab omnibus conclamatum est, placet. Et imperatores et pene omnes Galliæ*

et Germaniæ principes subscripserunt, singuli singulas facientes cruces ».

« *Assensu et consilio* procerum », tels sont les premiers mots d'un texte rapporté dans le recueil des ordonnances des rois de France (Vol. I p. 184 — Commune de Laon).

Les Annales de SAINT-BERTIN nous représentent Louis le Pieux convoquant son conseil (Bouquet T. 6, p. 104), et ne statuant qu'après s'être entouré d'un avis favorable.

« Convocatis undique consiliariis, habitoque cum eis *consilio*, quid de his agendum esset, statutum est ».

Hugues Capet, plus fin que vaillant, dit de lui PASQUIER, annonce dans une lettre à l'archevêque de Sens, en 987, sa ferme intention de ne pas abuser du pouvoir et de s'en remettre aux avis de ses conseillers :

« Regali potentia in nullo abuti volentes, omnia negotio républicæ, in *consultatione* et *sententia* fidelium nostrorum disposuimus » (Gerbert Espist. CVII ap. rer. Gall. et Franci T. X, p. 392).

GUILLAUME DE NANGIS, au sujet de l'ordonnance de 1256, prétendait que Saint-Louis avait pris l'avis de ses conseillers :

« Il establi du conseil de ses barons et de ses preudhomes uns généraux estatus ».

§ 3. — *Co-législateur*. — Le Conseil du Roi imposait souvent au Roi la solution qu'il avait approuvé à la majorité.

En matière politique, nombreux sont les exemples où le roi semble tenu de suivre les avis de ses conseillers. A Louis VII, Suger dira au Roi : « Nous prions notre majesté de ne pas se lancer dans une guerre prématurée contre le Comte d'Anjou... Attendez jusqu'à ce que vous ayez recueilli le consentement de vos fidèles qui par la foi qu'ils doivent au Royaume et à la couronne seront tenus de vous aider de toutes leurs forces à accomplir les mesures qu'ils vous auront suggérées » (1).

Aussi de Conseil du Roi semble parfois partager avec le roi le pouvoir de légiférer. Le prince a recours non plus seulement à l'avis de ses fidèles, mais aussi à leur consentement : le plein accord entre le roi et son conseil semble devenir une condition pour imposer quel-

(1) GRANDCLAUDE : Op. cit., p. 486.

que réglementation. S'il est difficile d'admettre à cette époque une part de pouvoir délégué au profit du Conseil du Roi, on ne peut nier cependant l'influence morale de celui-ci révélée par les termes catégoriques de certains textes.

Sous Charlemagne, un capitulaire de l'an 771, dont BALUZE rapporte le préambule commence par cette phrase :

« Congregatis in unum synodali concilio episcopis abbatibus, virisque illustribus... pro causis opportunis *consenserunt decretum* » (1).

Louis le Gros, en 1128, publiait une ordonnance qui fut rendue « *communi episcoporum et procerum nostrorum assensu et concilio* » (Ordon. Louvre, 1, p. 5).

Philippe Auguste, le 1^{er} mai 1200, dans une ordonnance sur les fiefs, rendue à Villeneuve-le-Roi (Ordon. Louvre T. 1, p. 29) s'exprime ainsi : « *magnates de regno Franciæ unanimiter convenerunt et assensu publico firmaverunt ut a primo die in porterum ita de feodalibus tenementis* ».

Une ordonnance de Louis VIII, en 1223, fut rendue « *per voluntatem et assensu archiepiscoporum, episcoporum, comitum, baronum et militum regni Franciæ* » (Ordon. Louvre 1 p. 47)

Sous Philippe le Bel, en 1297, lorsque le pape Boniface VIII, revenant sur la fameuse bulle Clericis laicos, accorde au Roi de France le droit de lever en cas de nécessité des impôts sur le Clergé sans l'autorisation de la papauté, il décide que, si le roi est mineur de 25 ans, la déclaration qu'il a nécessité devra être faite par la majorité du conseil. (Lettres du 31 Juillet 1297 dans Raynals Annales ecclesiastici, tome 23, an 1297, n^o 50.)

D'autres documents du même règne montrent assez souvent l'intervention officielle du conseil dans l'élaboration législative ; un texte rapporté dans le recueil des Ordonnances (Tome 1 p. 316 notes) fait apparaître le rôle du conseil dans la délibération du texte de loi : « *Denum dominus rex anno Domini 1293 circa Ascensionem Domini apud Pontisarum, cum maiore et saniore parte sui consilii voluit quod...* »

§ 4. — *Interprète des lois.* — L'interprétation des lois relève également du Conseil du Roi. Indirectement, nous l'avons vu, le con-

(1) A. Beugnot commente ce texte dans son « Essai sur les institutions de saint Louis »,

seil dans l'exercice de ses fonctions judiciaires, jouit d'un pouvoir d'interprétation très étendu. Il est difficile, à l'époque primitive où nous cherchons à établir un critérium de la fonction législative, d'admettre une distinction entre ce qui, de nos jours, constitue l'interprétation judiciaire réservée aux seuls tribunaux et l'interprétation législative qui, en vertu de la règle « *ejus interpretari cujus condere legem* », doit appartenir exclusivement au pouvoir législatif.

En raison même de la précarité des institutions et de l'absence complète de différenciation des pouvoirs, nous devons admettre que le Conseil du Roi interprétait les textes législatifs douteux et les coutumes souvent obscures, de même qu'il s'était assigné le pouvoir de confronter les faits qui lui étaient soumis avec les règles de droit en vigueur ; le conseil s'arrogeait certainement la connaissance de ces deux sortes d'interprétation.

Mélée intimement aux fonctions judiciaires du conseil, cette attribution législative était normalement exercée par ceux que ce dernier avait appelé à ses côtés.

Parfois même, en dehors de tout procès, une demande d'interprétation de la loi était soumise directement au roi qui libérait avec son conseil sur le sens à donner à la question formulée :

« *Super singulis ad nos missis articulis, de quibus curiam nostram consulere voluistis, sic duximus repondendum* » (Ord. des rois de France I p. 300)

CONCLUSION

Tout en étant confondue au milieu des nombreuses attributions du Conseil du Roi, la fonction législative apparaît avec son caractère propre. Le roi, toujours assisté de son conseil, fait des établissements de plus en plus nombreux sur les matières les plus diverses ; il fait œuvre de véritable législateur en édictant des mesures générales.

Dès la fin du XIII^e siècle, les diplômes, capitulaires, chartes, renferment des dispositions générales dont la portée s'oppose nettement à l'application restreinte des sentences judiciaires.

Le testament de Philippe-Auguste, signé par le roi le 25 mars 1190 avant son départ pour la croisade, contient en vingt-et-un arti-

cles une réglementation générale de l'administration du royaume (Ordon. I, 18). Le devoir du prince, le rôle de son conseil y sont clairement exposés : « Officium regium est subjectorum commodis, modis, omnibus providere et suae utilitati privatae, publicam, anteferre » — « idcirco consilio altissimo ordinare decrevimus ». Cet acte législatif est signé par tous les membres du Conseil « data vacante cancellaria ».

Une ordonnance sur les fiefs du 1^{er} Mai 1209, montre encore l'intention du roi de statuer d'accord avec son conseil sur une matière très générale; comme toute disposition législative régit l'avenir « a primo die maii in posterum ».

Sous Louis XI, le caractère de la législation s'accroît davantage encore. Les nombreux établissements signés par le saint roi embrassent tous les domaines.

Une ordonnance contre les Juifs, datée à Melun du mois de Décembre 1230, est rendue : « pensata ad hoc utilitate totius regni nostri, de sincera voluntate nostra, et de communi consilio baronum nostrorum (Statuimus). » (Ord. I, 53).

A Pontoise, en Octobre 1245, le roi réglemente les guerres privées et impose la quarantaine le roi. (Ord. I, 56).

Une longue ordonnance pour la réformation des mœurs est rendue : « gregato generali concilio praelatorum baronum et militum terræ apud Bitterim anno 1245 » (BALUZE, Conciles de la Gaule Narbonnaise, F^o 68).

Le duel, la preuve par témoins, les monnaies sont régies par des ordonnances nombreuses de 1256, 1262, 1265, 1269.

Faut-il citer également « l'édit ou ordonnance concernant les élections, promotions, collations des prélatures », plus connue encore sous le nom de Pragmatique de Saint-Louis qui, en Mars 1268 régissait une question d'un haut intérêt. Le Conseil assistait toujours le prince dans l'exercice de son pouvoir législatif « hoc edicto consultissimo in perpetuum valituro statuimus et ordinamus ».

Il existait donc avant l'aurore du XIV^e siècle des textes législatifs à portée générale imposés par un pouvoir propre, le roi, préparés et délibérés par un Conseil d'Etat qui, par la valeur morale de ses membres, par l'initiative que lui laissait le prince, par l'autorité des avis qu'ils formulaient collaboraient largement à l'exercice du pouvoir législatif.

Chapitre II

LE CONSEIL DU ROI AU XIV^e SIÈCLE (1)

Le Conseil du Roi, favorisé par la désagrégation des Assemblées générales populaires, s'était glissé aux côtés du roi à la faveur du même principe dont étaient issues les placita : la collaboration de la nation à la gestion des intérêts généraux.

Le Conseil du Roi fut en effet tout d'abord considéré comme l'héritier des prérogatives dont jouissaient les anciens Champs de Mars et Champs de Mai, dans lesquels était préparé, discuté l'ensemble de la législation et de l'administration, en même temps qu'étaient agitées les questions politiques les plus importantes.

Nous avons assisté à l'évolution de ce caractère prêté à l'ancien Conseil du Roi qui, tant par le nombre de ses membres que par leur qualité, pouvait primitivement être considéré comme l'expression d'une certaine représentation nationale : les seigneurs terriens, admis de droit dans l'entourage du roi, étaient censés aller défendre auprès du roi les intérêts d'une contrée et tirer pour eux ou leurs sujet quelque avantage matériel.

Si le Conseil du Roi avait été à son apparition l'expression d'une tradition germanique pure, il changea bientôt de physionomie lorsqu'on put distinguer deux actions longtemps non différenciées : celle de l'assemblée de tous les seigneurs, vassaux directs ou indirects du roi, et celle du Conseil proprement dit, devenue peu à peu une

(1) ESMEIN : « Histoire du Droit ». — L'ESCALOPIER DE NOURAR : « Recherches sur l'origine du Conseil du Roi ».

réunion de légistes et de clercs, ceux-ci détenteurs des richesses du droit romain.

Au XII^e siècle s'achève cette constitution d'un conseil plus technique. Le Roi devient peu à peu le maître de la composition de son Conseil: celui-ci acquiert promptement, tant en matière législative que dans les domaines administratifs ou judiciaires, une compétence devant laquelle le Roi fut obligé de s'incliner, en se contentant souvent d'entériner purement et simplement le fruit d'une délibération collective. En même temps que l'autorité morale et la science des conseillers du roi faisaient du Conseil un organe indispensable à la monarchie, s'effaçait le principe purement germanique dont il était issu. L'idée de représentation nationale cède la place à la souveraineté grandissante du prince, au concept d'un gouvernement à grand conseil. Les plus grands rois comme les plus autoritaires reconnurent implicitement ce nouveau principe, né des influences conjuguées des traditions germaniques et du droit romain: la supériorité de celui-ci s'affirmait en même temps que l'autorité des légistes.

Hugues Capet, dans une lettre à l'archevêque de Sens, datée de 987 (Gerbert Epist. CVII), exprime son désir de ne pas abuser du pouvoir et sa décision de prendre pour règle le recours à l'avis autorisé de ses conseillers :

« Regali potentia in nullo abuti volentes, omnia negocia republicæ in consultatione et sententia fidelium nostrorum disposuimus ».

Nous avons vu comment Philippe Auguste lui-même avait pris, dans son testament, les importantes mesures que nécessitait son départ à la Croisade, entouré de son Conseil auquel il donnait en même temps que des directives la responsabilité des affaires du royaume.

Les établissements de Saint-Louis sont nombreux et Joinville nous rapporte, en même temps que l'inlassable activité du roi, la part que ce dernier laissait à son Conseil dans l'élaboration des textes législatifs.

D'après un ancien manuscrit retrouvé à l'Hôtel de Ville d'Amiens, le véritable titre des Etablissements de Louis IX, indiquait le rôle du Conseil dans le monument législatif — Les Etablissements de France confirmés en plein Parlement par les barons du royaume —.

A la fin du XII^e siècle l'action du Conseil avait été implicitement

admise par les rois de France à côté de leur autorité croissante qui avait à triompher de la féodalité. Mais le Conseil du Roi, né des circonstances, était toujours demeuré dans le domaine des faits et jamais il n'était entré dans le cadre d'une institution reconnue, légale, définie. Il était : organisme précaire puisque le seul désir du roi y appelait quiconque qui devait le quitter s'il était tombé en disgrâce; instrument d'une extrême souplesse, d'une compétence universelle, puisque pratiquement il connaissait de toutes les questions législatives administratives, judiciaires et même politiques; autorité omnipotente dans laquelle régnait la plus grande confusion des pouvoirs et des fonctions, puisqu'elle n'avait fait l'objet d'aucune réglementation. Héritier de l'ancienne *curia regis* il avait joui d'un certain prestige sous Hugues Capet, Philippe Auguste, Saint-Louis. On ne saurait nier davantage l'importance de son rôle sous les Carolingiens. Mais l'autorité qu'il avait acquise n'était basée, comme sous les premières dynasties, que sur un état de fait toléré par les rois et étayé par les traditions germaniques. Pendant des siècles le Conseil du Roi conserva cette puissance sans que personne n'osa invoquer la fragilité de ses fondements.

Cependant, depuis l'avènement des Capétiens, le caractère même du Conseil du Roi avait évolué: il s'agissait moins d'une réunion de seigneurs, de nobles, implicitement ou moralement délégués par leurs sujets, que d'un noyau de conseillers qui, hors de toute question de rang, s'intéressaient exclusivement à l'administration et au gouvernement du royaume et devenaient par là même les collaborateurs les plus précieux du roi.

Déjà, en effet, le vieux principe germanique dont était issu le Conseil et que ce dernier avait emprunté aux assemblées populaires cédait la place à une nouvelle conception de la collaboration donnée au roi pour l'administration des intérêts publics. Le concours direct du peuple devenu impossible avec l'éloignement des nouvelles frontières avait pris l'aspect d'une collaboration plus étroite des seigneurs, représentants naturels de leurs sujets; celle-ci se restreignit encore peu à peu et l'on ne compta vite dans l'entourage du roi que des seigneurs vassaux directs dont l'influence ne laissait pas d'être moindre que celle des légistes, véritables conseillers du roi.

Nous assistions, dès la fin du ^{xiii}^e siècle, au développement d'un nouveau concept : le gouvernement à grand conseil; c'était le résultat mitigé des deux influences contraires : la persistance de la tradition germanique et le réveil de la conception romaine,

SECTION I

RECONNAISSANCE LÉGALE DU CONSEIL DU ROI

§ 1. — *Les textes*

Philippe IV le Bel, le premier, donna au Conseil du Roi une existence légale; il érigea ainsi un état de fait en état de droit.

Dès 1288, il rendit une ordonnance portant que les justices temporelles seront exercées par des personnes laïques et que, dans toutes les cours, les procureurs seront aussi laïcs à l'exception de ceux des chapitres et des couvents. Cette ordonnance avait été prise « per concilium domini regis »; elle posait l'existence même de cette émanation du Conseil du Roi qu'était le Parlement.

L'existence du Conseil ressort encore dans les articles de deux grandes ordonnances sur lesquelles nous reviendrons : celle rendue en 1291, dans les trois semaines après la Toussaint (Ord. I, p. 320), touchant le Parlement, et une autre datée du lundi après la Mi-Carême 1302 (25 mars 1302, Ord. I, p. 354), concernant le bien, l'utilité et la réformation du royaume.

Si nous rapprochons les premiers articles de la première ordonnance rendue, des dispositions de l'art. 16 de la seconde, nous pouvons affirmer que Conseil et Parlement sont deux institutions distinctes :

« ART. 1. — Il y aura chaque jour pendant le Parlement trois personnes au Conseil du Roi, pour entendre les requêtes, lesquelles personnes ne seront pas du nombre des baillis ».

« ART. 2. — Il y aura toutes les semaines, les vendredi, samedi et dimanche et autres jours s'il est à propos, quatre ou cinq personnes du Conseil pour expédier les requêtes et les causes de pays, de droit écrit. »

« ART. 16. — Les sénéchaux et les baillis, les vicomtes, les prévôts et leurs élèves se retireront lorsque l'on jugera, à moins qu'ils ne soient du Conseil ».

L'ordonnance de 1291 défend aux parents ou alliés d'une partie en cause de prendre part à la délibération du jugement : « si sit de consilio presens aliquis sanguineus, germanus... alterius partis liti-

gantium recedat statim cum tractabitur de eorum judicia faciendo, advertens subpoena perjurii ne ipse circa hoc aliquam fraudem committat ».

L'ordonnance de 1302 édicte une semblable prohibition aux sénéchaux et baillis qui devront s'abstenir de paraître au Conseil tant qu'ils occuperont ce poste.

Le terme de « consilium » est nettement opposé dans les deux textes législatifs à ceux de « curia nostra seu Parlamentum » ou « camera placitorum » qui désigne le Parlement .

Sous le règne de Philippe V le long, on trouve une ordonnance (Ord. I, 637), qui établit des séances mensuelles du Conseil du Roi, confirmant ainsi d'après Esmein « l'institution » de cette assemblée; mais le même roi, dans sa célèbre ordonnance rendue pour le profit du roi et le gouvernement de son hôtel le 10 juillet 1318 à Longchamp et le 18 juillet à Pontoise (Ord. I, 656), organise son Grand Conseil dont il oppose les travaux à ceux du Parlement :

« ART. 1. — Nous avons ordonné que chaque mois il aura de notre *Grand Conseil* avec nous, là où nous serons; et jusques à ce jour toutes grâces que l'on nous requerra dedans le dit mois, de dons et d'autres choses seront retardés à faire, excepté délivrance de justice, qui se fera de jour en jour. Et alors nous seront rapportées lesdites grâces qui nous auront été requises en ce temps et nous ordonnerons par notre Conseil dessus dit ce qu'il nous plaira ».

Une autre ordonnance, datée du 10 juillet 1319 à Longchamp, édictée par le roi et son Grand Conseil pour le bien de l'Etat, relate la même organisation et semble bien préciser un rappel de la précédente :

« Le roi aura son *Grand Conseil* avec lui, là où il sera dans ledit mois; seront retardées à faire, toutes grâces qu'on lui demandera excepté la délivrance de la justice qui se fera de jour en jour ».

Dans une ordonnance du 13 novembre 1318 à Bourges, pour le Gouvernement de l'hôtel du roi et pour le bien du royaume (Ord. I, p. 668), le roi pose une nouvelle réglementation :

« ART. 4. — Nous aurons toujours avec nous deux poursuivans un clerc et un laïc lesquels, quand le Parlement ne sera, auront et délivreront les requêtes de justice et quand le Parlement sera, ne les délivreront pas, mais les renvoieront au Parlement ».

« ART. 7. — Nous ordonnons que *notre étroit conseil* s'assemble tous les mois en un lieu où il nous semblera et tout ce qui lors sera

conseillé, sera enregistré par un de nos notaires lequel nous députerons ». (Cf. Ord. 28 juillet 1318).

Une autre ordonnance touchant le Parlement a été ordonnée par le roi en son *Grand Conseil* sur l'état de son Parlement, le 3 décembre 1319. (Ord. I, p. 702).

§ 2. — *L'avis des auteurs*

De nombreux auteurs trouvent dans ces premières ordonnances du XIV^e siècle la preuve de l'existence légale du Conseil du Roi et s'accordent à reconnaître une certaine répartition des fonctions entre divers organismes.

D'après de VIDAILLAN qui se réfère à l'ordonnance de 1291 précitée, c'est la première fois que les séances du Conseil sont réglementées d'une façon officielle. De l'ordonnance du 23 mars 1302 est né le Grand Conseil, fut organisé le Parlement, véritable cour de justice déléguée.

D'après VIOLLET (Institutions politiques, III, p. 387) l'étroit conseil, créé par Louis X, vit ses fonctions précisées par les ordonnances de juillet 1316 et réorganisées par l'ordonnance de Pontoise du 18 juillet 1318.

Pour CHERUEL (Dictionnaire des Institutions de la France), la première réglementation du Conseil date de Philippe IV le Bel : Cour du Roi avant 1302, Grand Conseil jusqu'en 1498, il devient le Conseil d'Etat qui durera jusqu'à 1789.

BEQUET dans son répertoire de droit administratif fixe sous Philippe le Bel deux ordonnances capitales : celle de 1291 et celle de 1302; de la première est née une cour de justice distincte devenue le Parlement, la seconde organise les attributions du Conseil du Roi.

Pour ESMEIN (1) c'est au XIV^e siècle, sous la monarchie tempérée, que se dégage et s'organise le Conseil du Roi proprement dit, c'est-à-dire un corps constitué, organe reconnu de l'administration royale, composée d'un nombre limité de conseillers que le roi choisissait tous librement et qui ne lui étaient point imposés par la hiérarchie féodale.

(1) « Histoire du Droit », 15^e édition, Sirey, 1925, p. 449.

SECTION II

PREMIERS ÉLÉMENTS D'UNE SÉPARATION DES FONCTIONS

La multiplicité des affaires soumises au Conseil du Roi, la diversité de ses attributions nécessiterent une ébauche de séparation des fonctions à l'intérieur même du Conseil.

§ 1. — *Grand Conseil et étroit Conseil*

L'ordonnance de Philippe le Bel du 25 mars 1302 sur la réformation, l'administration et le bon état du royaume (Ord. I, 354), semble déjà timidement relater l'existence du Conseil commun et du Grand Conseil. L'ordonnance du 14 novembre 1318, rendue à Bourges par Philippe V le long pour le gouvernement de l'hôte! du roi et le bien du royaume, divise nettement le Conseil du Roi en *étroit conseil*, conseil restreint composé surtout de légistes et *Grand Conseil* comprenant, en dehors de ceux-ci, certains hauts dignitaires du royaume. On ne peut soutenir avec quelques auteurs (TILLET, JOLLY, GUILLARD, MERLIN, PARDESSUS) qu'il s'agisse ici de la même institution. Les art. 6, 7 et 27 de cette ordonnance précisent trop les attributions de ces deux portions du conseil pour que celles-ci ne puissent être nettement distinguées :

« ART. 6. — Défendons que nul ne nous ose faire supplication de faire donc à héritage si ce n'est en la présence de notre *Grand Conseil* ».

« ART. 7. — Nous ordonnons que notre *étroit Conseil* s'assemble tous les mois en un lieu où il nous semblera et que tout ce qui lors sera conseillé sera enregistré par un de nos notaires, lequel nous députerons à ce, lequel notaire aura cure de demander à notre chancelier.... »

« ART. 27. — ... ceux qui s'ensuient peuvent commander lettres et sont tenus nos notaires d'obéir et non à d'autres excepté notre personne :

» 1^o Lettres de justice ne se doivent commander durant le Parlement fors par la grand chambre ou par les requêtes;

» 2^b Lettres de dons à héritage ne se doivent commander fors que par nous en notre *conseil*;

» 3^o Lettres d'autres grâces que nous ferions se pourront commander par nous, à la relation de ceuls de notre *étroit conseil* ».

L'organisation du Grand Conseil est arrêtée dans plusieurs ordonnances de Philippe V le long; l'ordonnance rendue pour le profit du roi et le gouvernement de son hôtel, le 18 juillet 1318, à Pontoise, stipule, dans son art. 1 : « Nous avons ordonné que chaque mois il aura de notre Grand Conseil avec nous là où nous serons », ce même article est reproduit dans des termes semblables dans l'ordonnance faite par le roi et son Grand Conseil pour le bien de l'Etat et datée du 10 juillet 1319 à Pontoise.

Le Grand Conseil élira et instituera les baillis juges royaux, gardes de foires, gardes des eaux et forêts « eligantur et instituantur ex deliberatione nostri magni consilii » (Ord. Jean II, du 1^{er} octobre 1351 — Ord. I, 360); c'est une confirmation de l'ordonnance de Philippe le Bel du 13 mars 1302.

L'interprétation des ordonnances des foires de Champagne et de Brie seront faites par les gens du secret conseil du roi à Paris et à leur défaut par les « gens des comptes » à Paris. (Ord. II, 314).

Une confirmation des privilèges des ouvriers des monnaies, imposée par Jean II à Villeneuve les Avignon en février 1362, se termine par ces mots : « Per regem ad relationem sui *secreti consilii* ».

La suspension des paiements des dettes royales en septembre 1351 fut au contraire l'objet d'une délibération du Grand Conseil : ... « deliberatione in nostri grandi consilio prehabita diligenti duximus ordinandum ». (Cf. Ordon. IV, 4^o, 99-109-486-604).

Plus tard, la dénomination de Grand Conseil devait être réservée à la formation du Conseil chargée de la Juridiction administrative.

§ 2. — *Chambre des comptes*

Le roi désira également affecter les comptes et toutes matières financières à un organisme qu'il voulut détacher du tronc commun

du conseil pour lui donner, sinon une vie indépendante, du moins une organisation différente basée sur des attributions précises.

La Chambre des Comptes naissait avec l'*ordonnance* du 13 juillet 1318 rendue à Pontoise par Philippe le long qui semble être la première en date à en relater l'existence. L'art. 6 porte : « Les baillys, les sénéchaux, les receveurs viendront compter tous les ans aux termes accoutumés et les *gens des comptes* puniront ceux qui y manqueront. » L'art. 17 : « Les assiettes (achats) des terres que nous ferons faire dès ores en avant nous seront rapportés, enregistrés en la *chambre des comptes* avant que les personnes à qui les dites terres devront être baillées et soient mises en saisie ».

L'*ordonnance* du 17 avril 1320 (Ord. I, 703), touchant la Chambre des Comptes, rendue également au Vivier-en-Brie le jour de l'Épiphanie 1319, dresse le tableau d'une organisation méticuleuse de la nouvelle émanation du Conseil : « Il y aura à l'avenir quatre maîtres clerks dont deux seront auditeurs des comptes et les deux autres correcteurs. Il y aura deux clerks pour tenir les comptes... il y aura un troisième clerk qui tiendra le livre nommé journal... il y aura de plus huit clerks pour corriger les écrits. Ces onze clerks demeureront en leurs hôtels. Le roi ne chargera les gens des comptes d'aucunes commissions... Chaque samedi, les maîtres et les clerks établis à corriger feront rapport aux autres des écrits qu'ils auront corrigés, afin qu'ils soient enregistrés au journal. Chaque jeudi, les gens des comptes seront aux requêtes et ce jour n'entendront de comptes ».

L'*ordonnance* du 16 novembre 1318, que nous avons plusieurs fois citée, comporte dans un article 27 in fine : « ceux de la Chambre des Comptes, les maîtres des finances et les trésoriers peuvent commander les lettres qui toucheront leurs offices ainsi comme il est accoutumé ».

De nombreuses ordonnances sont rendues au Conseil du Roi « presens les gens des comptes » (Ord. III, 379, 380, 383, 540).

Plusieurs lettres portent la mention « Eue bonne et meure délibération avec nos amez et féaux les gens de notre grand conseil et de la Chambre des comptes » (Ord. III, 491 et 482).

Une lettre de Charles Duc de Normandie, datée de Paris, avril 1361, se termine par ces termes : « Par M. le Duc en son Conseil auquel vous et les gens des comptes étiez », signée B. JOBELIN,

§ 3. — *Administration active et administration délibérante*

L'administration active et l'administration délibérante semblent même avoir été un instant distinguées. Emu sans doute par les conflits d'intérêts auxquels il assista souvent lorsque présidant son conseil, les sénéchaux, baillis, prévôts, chefs de l'administration centrale, étaient appelés à se prononcer comme juges dans des affaires où ils avaient été parties, le roi imposa à plusieurs reprises aux agents de l'administration active le devoir de s'abstenir d'aller délibérer en conseil pendant la durée de leur office.

Rappelons le texte en latin de l'article 16 de l'ordonnance du 25 mars 1302 souvent citée : « *Nolumus quam senescalhus aliquis bel Ballivus de nostro sit consilio quamdiu suæ præerit prefecture* ». « *Nolumus quod suo durante officio se de eo aliquatenus intromittat* ».

Le même souci ne semblait-il pas né dès 1291 lorsque le roi, dans l'article 6 de l'ordonnance de 1291 sur le Parlement, posait à l'encontre des baillis une prohibition identique : « les sénéchaux, les baillis, les vicomtes, les prévôts et leurs clercs se retireront lorsque l'on jugera à moins qu'ils ne soient du Conseil; et quand ils seraient du Conseil, s'il y a plainte contre quelqu'un d'eux, après qu'il aura répondu à la plainte, il se retirera.

La portée de ce texte est cependant loin d'être aussi absolue que celle du précédent. L'interdiction relève plutôt ici du scrupule d'empêcher un agent de l'autorité exécutive de se faire propre juge des exactions qu'il a commises. Il n'établit en effet aucune incompatibilité entre la fonction d'administrateur actif et celle de participant à la délibération des textes législatifs et réglementaires dont celui-là est chargé d'assurer l'application.

Mais nous pouvons admettre que, rompant avec la tradition de ses ancêtres, Philippe le Bel, en même temps qu'il donnait une forme légale à la pratique séculaire du Conseil du Roi, cherchait à ébaucher les grandes lignes d'un organisme distinct de l'administration active. Tentant de débarrasser le Conseil de tout rôle secondaire, il devait même pousser la discrimination des attributions du Pouvoir jusqu'à déférer à un Parlement distinct la connaissance des affaires judiciaires.

SECTION III

SIMULACRE D'UNE SÉPARATION DES POUVOIRS

Conseil et Parlement

Déjà JOINVILLE, dans son *Histoire de Saint-Louis*, nous apprendait que la dénomination de « concilium regis » semblait réservée à la section du conseil dans laquelle le roi expédiait les affaires de législation et de haute administration; la section judiciaire prenait un nom spécial : on discutait et jugeait les procès à la chambre des plaids, appellation que lui réservait l'ordonnance du 7 janvier 1277.

Au témoignage d'HINCMAR, les affaires publiques ou d'administration, dont il était indispensable d'entourer les mesures d'un secret, s'opposaient à ce qu'elles fussent délibérées dans la salle qui était ouverte au public pour les affaires judiciaires.

Doit-on également tirer argument de ce que les registres des Olim, qui contiennent les décisions judiciaires depuis 1256, ne relatent pas les textes des chartes ou ordonnances royales, pour conclure que ces dernières devaient être rendues par un organisme distinct ? ou faut-il en trouver l'explication dans le fait que les actes législatifs et administratifs, nombreux sous Saint Louis, ont été souvent rendus par le Conseil en voyage, alors que la section judiciaire avait un caractère sédentaire ?

Quoi qu'il en soit, la distinction à l'origine entre les deux sections du Conseil ne saurait être si précise qu'il en résultât pour chacune des attributions rigoureusement définies et limitées.

Mais cependant, peu à peu, les deux organismes se développent indépendamment l'un de l'autre : le Conseil devait être organisé sous Philippe le Bel et ses successeurs, nous l'avons examiné; il connaissait de toutes les délibérations sur les affaires de législation ou de gouvernement ; le Parlement devait au contraire hériter des fonctions de la Chambre aux plaids, de l'ancienne cour de justice; tous les procès judiciaires y devaient avoir leur aboutissement.

Lorsqu'il s'agissait en effet de l'exercice du pouvoir judiciaire,

les membres du Conseil du Roi ne se bornaient pas à donner au souverain un avis purement consultatif comme pour les actes de législation ou d'administration. Le Conseil, réunion de vassaux, jugeait sous la présidence du roi. Les expressions « *per iudicium curiae nostrae* », « *iudicaverunt* », « *omnium procerum iudicio* » que l'on trouve dans les jugements, s'opposent nettement aux termes « *cum consilio* », « *ex consilio* », qui figurent dans les actes législatifs pour attester que le roi s'était entouré de l'avis de ses conseillers avant d'imposer une mesure générale.

Pour les actes législatifs, le roi n'est pas tenu de se conformer à l'avis de son conseil; ceux-ci sont pour lui facultatifs. En matière judiciaire, au contraire, il est obligé d'adopter les résolutions prises par la majorité des magistrats.

Dès le début du ^{xiv}^e siècle, on entrevoit une organisation distincte des deux pouvoirs législatif et judiciaire, ce dernier confié à un Parlement, celui-là restant la principale attribution du conseil.

Des lettres patentes de 1290 (Ord. I, 318), par lesquelles le roi permet aux ecclésiastiques de plaider par procureur, autorisent ceux-ci à soumettre leurs causes ordinaires au Parlement sans être contraints de plaider devant les autres juridictions royales.

La fameuse ordonnance de 1291 (Ord. I, 320) touchant le Parlement, l'organise sommairement et semble même, dans son article 4, séparer du lieu des enquêtes, la chambre des plaids où les magistrats chargés des enquêtes ne viendront que dûment appelés pour y rapporter avec diligence et fidélité le résultat de leurs investigations.

L'autre grande ordonnance de Philippe le Bel, celle du 25 mars 1302, qui essayait d'établir un régime d'incompatibilité entre les fonctions de l'administration active et délibérante, précise dans l'art. 62 que « pour l'expédition des causes, l'on tiendrait tous les ans le Parlement à Paris, deux Echiquiers à Rouen, et deux fois l'an les Jours de Troyes, et qu'il y aura un Parlement à Toulouse si les gens de cette province consentent à ce qu'il n'y ait point d'appel des présidents de ce Parlement ».

Louis X le Hutin confirmait par lettres du 19 mars 1314 le privilège de l'Echiquier de Rouen dont les causes ne seraient point portées devant le Parlement de Paris; c'était préciser le rôle du Parlement au sommet de l'organisation judiciaire du royaume.

Mais ce fut Philippe V le Long qui donna à la nouvelle institution une très forte organisation, point de départ d'une indépendance toujours plus marquée entre le Conseil et l'organe judiciaire.

L'ordonnance du 3 décembre 1319 (Ord. I, p. 702) par laquelle le roi exige dans son Parlement « des gens qui puissent entendre continuellement sans en partir et qui ne soient tenus à d'autres graves occupations », ordonne qu'aucun prélat ne sera député pour le Parlement sauf les prélats qui feraient partie du Conseil du Roi : qu'il y aura un ou deux barons dont le Comte de Boulogne, qu'outre le Chancelier et l'Abbé Saint Denis le Parlement aura dans son sein huit clercs et douze laïcs, aux requêtes quatre personnes, aux enquêtes deux chambres, une pour délivrer les enquêtes du temps passé, l'autre pour les enquêtes à venir ».

Celle de décembre 1320 (Ord. I, p. 727), touchant aussi le Parlement, impose aux huit clercs et douze laïcs présidents un emploi du temps sévère, une présence effective de l'heure où l'on chante la première messe jusqu'à midi sonné et de rigoureuses conditions pour assurer des délibérations impartiales.

Nous avons décelé dans le Conseil du Roi, élevé désormais au rang d'institution, une ombre de séparation des fonctions en essayant de diversifier les fonctions du Grand Conseil, de l'étroit Conseil et de la Cour des Comptes.

Nous avons même prétendu qu'un essai de séparation des pouvoirs avait été tenté en confiant à des Parlements les attributions judiciaires. Le Parlement, auquel dès le xiv^e siècle la justice était déléguée, était appelé à prendre une indépendance de plus en plus absolue et devait créer tant de difficultés au régime monarchique.

Malgré ces tentatives, il nous est difficile de ne pas entrevoir la grande confusion qui régnait encore parmi les attributions variées du Conseil du Roi et les institutions qui venaient de se détacher du tronc commun. Nous essaierons cependant de faire émerger les fonctions législatives du Conseil en montrant qu'elles restent l'attribut essentiel de l'institution.

SECTION IV

PEUT-ON DÉGAGER LES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES DU CONSEIL ?

Durant la première moitié du xiv^e siècle, nous avons assisté à la reconnaissance légale du Conseil du Roi, où régnait déjà une certaine division du travail, et noté le souci de débarrasser l'institution de ses attributions secondaires, confiées au Parlement et à la Cour des Comptes, en vue de diriger l'action des Conseillers de la Couronne sur le domaine législatif.

En quoi consistent les attributions législatives du Conseil, devenu institution légale ?

Il est certain qu'au xiv^e siècle, le Conseil du Roi fut étroitement associé à la puissance législative du roi. Les ordonnances de 1355 et de 1359 en font foi (1).

L'article 44 de la première portait : « Il ne serait plus fait d'ordonnances, il ne sera plus accordé de privilèges que de l'avis du Conseil, les lettres scellées en Conseil ou les privilèges accordés aux villes auront force de loi dans tout le royaume ».

L'art. 29 de l'ordonnance du 27 janvier 1359 associe le Conseil à l'exercice du pouvoir législatif.

« Dore& et en avant nous ne ferons aucune ordonnance et n'octroierons aucun privilège que ce ne soit par délibération de ceux de notre Conseil ».

Mais déjà, sous Philippe le Bel et ses successeurs, la délibération des ordonnances reste le premier souci du Conseil; effectivement, c'est le Grand Conseil qui rend les ordonnances du 28 juillet 1318, 10 juillet 1319, 3 décembre 1319.

Un manuscrit (B. N., manus. Fcs. 187.83 F^o N^o XV), publié Ordon. II, p. 436, relate plusieurs instructions faites par le Grand Conseil étant à Paris, sur la manière de lever l'aide ordonnée pour la perfection de la paix entre le roi et le roi d'Angleterre. Cette instruction renfermant de véritables dispositions réglementaires im-

(1) LAFERRIÈRE : « Cours de Droit administratif », 1860, tome I, p. 154.

posent des taxes de 12 deniers par livre sur toutes les marchandises et denrées, un prélèvement de la treizième partie du prix des vins et autres breuvages, l'établissement de greniers à sel; elles sont données à Paris sous le contre scel du roi le dixième jour de décembre de l'an de grâce 1360 et signées M. LEURIER, « per regem in suo concilio ».

Le caractère de l'ordonnance se précise; c'est une disposition législative placée au-dessus des décisions judiciaires, des mesures réglementaires ou exécutives qui ne doivent pas la contredire; parallèlement grandit l'importance du rôle du Conseil dans l'élaboration des dites ordonnances.

§ 1. — *Les mêmes formules révèlent le rôle du Conseil en matière législative.*

L'ordonnance de 1302, plusieurs fois analysée (Ord. I, p. 369), commence par ces mots : « De fidelium prelatorum consilio et assensu duximus ordinandum ».

La formule : « eue bonne et meure délibération avec nos amez et féaux les gens de nostre grand conseil » se retrouve souvent. (Ord. I, 491, 498).

Beaucoup d'ordonnances se terminent par cette phrase : « per regem in suo concilio » ou « per regem ad relationem consilii in quo... eratis », idem Ord. Tome 6, pp. 13, 17, 70, 86, 88, 102, 108, 122, etc.).

Un texte du 1^{er} octobre 1351 porte la mention « haec est ordinatio, facta per nos et consilium nostrum de mandato nostro super modo... » (Ord. II, 456).

a) *La préparation de la loi* était l'œuvre d'un grand nombre de conseillers :

Les membres du Parlement, ceux de la Chambre des Comptes, sont souvent appelés à donner leur avis dans une question de législation, tant était impérieux le besoin ressenti par le roi de s'entourer de conseils et d'avis autorisés, avant de revêtir de son sceau un acte législatif; ainsi le prouvent de nombreuses ordonnances :

« Ordonnance donnée dans le Conseil du Roi, présens les gens des comptes ». (Ordon. III, 682).

« Conseil du Roi où étaient les gens des comptes et plusieurs autres ». (Ordon. III, 379, 380, 393, 540).

« Le Grand Conseil est assemblé dans la Chambre des Comptes pour faire une ordonnance qui regarde le Châtelet. (Ordon. II, 10).

Les rois se rendaient parfois accompagnés de leur Conseil dans la Chambre du Parlement : des ordonnances furent rendues en présence des magistrats. (Ordon. Philippe VI de Valois, 10 juillet 1291.)

Une lettre du 16 juillet 1349 relative à l'ordonnance du 6 août 1349, touchant les foires de Champagne et de Brie, écrite au roi par les officiers de sa Chambre, mentionne que l'ordonnance fut dressée par les gens « du Conseil et des Comptes » qui présentèrent à Sa Majesté Philippe VI de Valois un projet que le roi transforma en ordonnance en l'approuvant et en y apposant son sceau.

Ce document montre jusqu'à quel point le Conseil du Roi avait de l'autorité en matière législative. C'est le Conseil qui pratiquement fait la loi; en de nombreuses occasions le souverain se contente d'entériner purement et simplement le fruit des délibérations de ses conseillers.

Procédure coutumière, l'avis du Conseil devient un élément normal, même obligatoire, du processus législatif. Une ordonnance, un édit, dignes de ces appellations, devaient, comme gage d'une élaboration consciencieuse, n'être rendus qu'après l'avis du Conseil.

Une ordonnance portant règlement sur tous les offices du royaume et quelques autres matières et rendue à Paris le 27 janvier 1359 édicte cette règle. (Ordon. III, 389).

La pratique séculaire du gouvernement à Grand Conseil avait montré les avantages d'un pareil système.

Dès le milieu du XIV^e siècle, la royauté en avait fait un mode légal de gouvernement, renforçant ainsi son pouvoir par la science et le dévouement des conseillers à la Couronne.

b) Le Conseil du Roi participait ainsi à la préparation de la loi; il avait également le *pouvoir d'interpréter les textes législatifs*.

Nous avons déjà signalé l'ingérence du Conseil dans les questions judiciaires, bien que le Parlement ne fut créé que pour débarrasser le Conseil des procès et rendre en dernier ressort des arrêts souverains. Cette immixtion du Conseil dans les fonctions judiciaires s'explique précisément par le fait qu'il détenait la prérogative d'in-

interpréter les ordonnances, édits, capitulaires dont l'application s'avèrait difficile.

Le Conseil usurpait inconsciemment une fonction des Parlements en fixant le sens d'un jugement ou la portée d'un arrêt.

L'autorité relative de la chose jugée était manifestement confondue avec les effets généraux que seuls devaient produire des actes législatifs ; mais il est certain que le Conseil s'octroyait une compétence générale dans l'interprétation des textes qui lui étaient soumis par des requêtes ou dont il évoquait directement l'examen.

Plusieurs textes confirment cette assertion. (Ord. II, p. 80); (Ord. II, p. 314).

Une ordonnance, touchant les foires de Champagne et de Brie, rendue par Philippe VI de Valois à Vincennes, le 6 août 1349, après délibération du Grand Conseil, confie expressément l'interprétation de sa teneur aux membres du Conseil secret du roi ; le paragraphe 33 de cette ordonnance est ainsi conçu :

« S'il y a des déclarations et des interprétations à faire sur les ordonnances des foires de Champagne et de Brie, elles seront faites par les gens du secret conseil du roi à Paris ».

Une note sous le paragraphe précédent oppose à cette ordonnance les termes de celle du mois de juillet 1344, par laquelle l'interprétation est confiée directement aux gens des Comptes au lieu de ne faire intervenir les maîtres de la Chambre des Comptes qu'à défaut des gens du conseil secret.

Préparation de la loi, interprétation des textes législatifs, telles sont les deux grandes attributions que le Conseil du Roi se vit attribuer légalement au début du XIV^e siècle.

Le rôle législatif du Conseil était consacré par la loi au même titre que l'existence même de l'institution royale.

§ 2. — *Rôle du Conseil dans l'évolution du caractère de la loi*

L'autorité royale était devenue universelle et toute institution n'était formée que par la seule volonté du souverain, sa concession ou sa tolérance. Rien ne déterminait de façon précise les limites de chacune d'elles. Lorsque des doutes ou des conflits se manifestaient, c'était au roi qu'on était obligé de recourir.

Aussi arrivait-il qu'au lieu d'établir des lois qui posassent des

règles pour l'avenir, les rois s'étaient souvent bornés à statuer sur la difficulté présente : de là les incertitudes perpétuelles et il n'était pas rare de voir les mêmes questions tranchées différemment lorsqu'elles venaient de nouveau se soumettre à l'autorité légiférante.

Avec le prestige de la royauté se précisait le caractère des actes législatifs, souveraine expression de la volonté royale guidée par les délibérations du Conseil.

Devenu institution légale, débarrassé de certaines fonctions judiciaires ou administratives, le Conseil du Roi chercha à établir les caractères fondamentaux de la loi.

a) Philippe IV le Bel et ses successeurs *opposent souvent leurs ordonnances aux actes de l'autorité judiciaire* et aux vœux formulés par les premiers états généraux. Nous savons que les ordonnances sont préparées, discutées, votées en quelque sorte, au sein du Conseil ; ce sont de véritables textes législatifs. Au contraire, les vœux sur lesquels se séparèrent souvent les Etats généraux ou les Assemblées de notable n'avaient pour but que d'appeler l'attention du législateur sur des questions à régler, des réformes à faire, des coutumes à modifier ou à adopter. Ces vœux n'étaient que des matériaux apportés au législateur qui, après l'avis de son Conseil, les transformait en ordonnance, en édit, en règlement, en chartes, en lettres, en vertu de son pouvoir absolu. L'ordonnance faite à Vincennes le 17 mai 1315, rendue sur les remontrances des religieux et nobles du Duché de Bourgogne (Ordon. I, 567), distingue les réclamations de ceux-ci et l'avis donné sur l'objet des doléances par le Conseil du Roi :

« Contra libertates, usus et consuetudines antiquas illatas fuisset dicebant, continentibus, cum magna deliberatione consilii ordinandum duximus, prout inferius continetur. »

Une ordonnance de Louis X le Hutin de mai 1315, rendue à la supplication des nobles de Champagne. (Ordon. I, 568), porte :

« Sur les griefs et empêchements qui ont été faits aux nobles et aux autres personnes de notre Comté de Champagne si, comme ils disent, en temps passé, contre les anciens usages, coutumes et libertés, dont ils se sont doly et plaint à nous : par délibération de notre Conseil avons pourvu, octroyé et ordonné en la matière qui s'ensuit ».

Sous Jean II, Charles V, Charles VI, Charles VIII, nombre d'ordonnances ont été rendues sous l'influence certaine des Etats

généraux, mais à ceux-ci on ne reconnu jamais le droit de légiférer. Le contenu des vœux et les dispositions de l'ordonnance furent toujours distingués, la seconde seulement avait force obligatoire.

b) Philippe V le Long dans son ordonnance du 13 novembre 1318, paragraphes 25 et 26, proclame hautement *la supériorité de l'ordonnance sur les lettres*, c'est-à-dire du texte législatif sur le règlement.

« Nous voulons que dorés en avant notre chancelier scelle nulle lettre contre nos ordonnances dessus dites et deffendons à tous ceux par qui nos lettres se doivent passer qu'il n'en passent nulles contre nos ordonnances et qu'il ne nous conseille nulles à passer contre elles et si, par erreur, aucunes en passaient par devers notre chancelier, nous voulons que, si elles seraient à la connaissance de nos gens des comptes, qu'ils les retiennent et l'en avisent avant qu'ils les passent ni qu'ils les rendent. »

Le paragraphe 26 affirme de nouveau la suprématie de l'ordonnance :

« Mais ne voulons que notre chancelier scelle nulle lettre faisant mention de « non contrestant ordonnances ».

c) *L'ordonnance statue pour l'avenir, c'est un édit irrévocable* : cette affirmation est contenue dans de nombreux textes. (Ordon. V, p. 628, lettres du 21 juillet 1373; Ord. VI, p. 158; Ord. VI, p. 482.)

Nous ne sommes plus en présence d'anciens établissements dictés par les circonstances et souvent basés sur des décisions de justice, dont l'effet était plus ou moins généralisé. L'ordonnance est le fruit du travail de légistes, de la délibération des conseillers du roi et de l'approbation du souverain. Le texte des édits porte réglementation générale et non plus solution d'un litige restreint ou agrément d'une requête présentée par l'initiative privée; il porte déjà l'empreinte du caractère de généralité auquel on reconnaît la véritable loi.

d) *La législation est variée.*

Souvent rendue pour le bien, l'utilité et la réformation du royaume ou pour le profit du roi et le gouvernement de son hôtel, les ordonnances traitent sous ces titres de questions très différentes :

Une ordonnance de Philippe IV le Bel de 1302, datée du samedi après l'Annonciation, envisage une subvention pour la guerre des Flandres. (Ord. I, 369).

Un édit du 2 janvier 1303 défend les guerres privées et réglemente les duels. (Ord. I, 390).

La réformation des monnaies fait l'objet d'une ordonnance à Pontoise en juin 1313. (Ord. I, 518).

Louis X le Hutin confirme des privilèges aux peuplades de Normandie à Vincennes en 1314. (Ord. I, 551).

CONCLUSION

LE DÉBUT DU XV^e SIÈCLE POINT CRUCIAL DANS L'HISTOIRE DE LA ROYAUTÉ

Le Conseil du Roi et les Etats Généraux (1)

Par les ordonnances de Philippe le Bel et de ses premiers successeurs au trône, les affaires, les personnes, les institutions se classent. Nous distinguons facilement l'action du Roi, celle du Grand Conseil, du Conseil étroit, du Parlement, de la Chambre des Comptes. Ces actions se fortifient l'une par l'autre, s'enchaînent, transmettent l'ordre qui les met en mouvement jusqu'aux classes les plus élevées et jusqu'aux derniers rangs de la population, en un mot c'est un gouvernement entier qui se fonde et se régularise.

Dès la fin du XIII^e siècle, le pouvoir législatif avait été, selon l'expression de M. Perrot (2), « reconstitué au profit du Roi ». Le Conseil du Roi n'avait pas été l'artisan le moins actif de cette reconstitution.

Mais on ne reconnaissait au Monarque cette prérogative qu'en tant qu'elle était exercée « pour le commun profit » et à « Grand Conseil ».

Ces deux limitations traditionnelles de la souveraineté du prince eurent pour résultat le maintien et le développement du Conseil du Roi, qui resta jusqu'au bout le soutien de la Monarchie, mais aussi devaient pendant longtemps circonscrire l'objet de la législation aux matières de Droit public.

(1) Picot : « Histoire des Etats Généraux ».

(2) « Histoire du Droit français public et privé », Sirey, 1932, p. 330.

L'activité législative du Roi devait s'exercer d'abord sur les dispositions contenues et admises par les coutumes avant de s'attacher à la réformation de celles-ci ou à l'étude des problèmes de Droit privé.

Le ^{xiv}^e siècle est en quelque sorte le point de départ d'une législation qui sera touffue dans les matières de Droit public, mais hésitante et clairsemée en ce qui touche le droit privé dont les grands problèmes ne seront étudiés qu'aux ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles.

Mais le début du ^{xiv}^e siècle avait aussi marqué la première phase de la lutte sournoise entre le principe romain de l'absolutisme et la théorie germanique de la participation du peuple au pouvoir.

Il convient de situer la place du Conseil du Roi, nouvellement reconnu, dans le cadre des institutions politiques. Tandis que le Roi organisait son Conseil pour augmenter son autorité et favoriser le développement de la souveraineté du prince, en 1302, avec les premiers Etats Généraux, réapparaissait le symbole du principe germanique, groupant dans leur sein les trois ordres de l'Etat : le Clergé, la Noblesse, la Bourgeoisie.

Depuis longtemps la royauté cherchait en effet à affranchir le peuple de l'étreinte féodale. Création de la royauté, le tiers Etat, qui réunissait les membres des communautés libres et des bourgeoisies que le Roi avait dressées contre les Seigneurs, se crut capable et autorisé à participer à l'administration du royaume, à l'instar du clergé et du roi. En face du Conseil du Roi ou plutôt à côté de lui, les Etats Généraux s'étaient levés : appelés au bout de longs siècles à dépouiller la Monarchie de certaines de ses prérogatives, amenés même à renverser la royauté pour accaparer la souveraineté, les Etats ne semblaient pas à l'origine avoir de caractère agressif.

Tout autre était, en effet, l'organisme à sa naissance; ce que le peuple avait formé par enthousiasme et le roi par politique faisait augurer la meilleure entente entre la royauté et ce nouvel élément de gouvernement.

Mais avec Philippe le Bel et les Valois naissait, selon Laferrière (1), une Monarchie nouvelle, celle des Etats Généraux et des Parlements qui fonde l'unité nationale sur un principe tout différent

(1) « Histoire du Droit civil de Rome et du Droit français », tome III, p. 6, édition de 1848.

de celui qui régnait encore au temps de Saint-Louis. La classe moyenne née de la Révolution communale lest considérée enfin comme un Ordre important de la Nation et devient la base sur laquelle s'appuie une royauté non plus suzeraine, mais souveraine.

Deux méthodes de gouvernement semblaient devoir être maintenant pratiquées par la royauté :

Le Conseil, les avis, le travail d'élaboration et d'interprétation des lois étaient demandés par le roi à son Conseil.

L'aide, l'assistance, les subsides dont le besoin se faisait sentir de plus en plus avec le développement de la civilisation étaient sollicités des Etats Généraux dont on acceptait également les vœux dans les matières les plus diverses.

Mais les Etats Généraux naissants se confinèrent dans un rôle presque exclusivement politique ; le Conseil du Roi restait le seul organisme permanent qui assurait à la fois les besoins d'une administration journalière et l'élaboration d'une législation de plus en plus variée.

Chapitre III

LE CONSEIL D'ÉTAT SOUS LA PÉRIODE MONARCHIQUE

Au début du ^{xiv}^e siècle, le Conseil du Roi fut l'objet d'une reconnaissance légale. L'institution dépouillée des éléments féodaux qui jadis, en vertu même des principes de la féodalité, donnaient au roi aide et conseil, s'attribuait la première place dans l'organisation monarchique. L'organisme qui avait tant contribué à asseoir l'autorité du roi restait légalement le principal soutien de la royauté. PARDESSUS, dans son *Essai sur l'organisation judiciaire de la France* (p. 141), rapporte le document d'un état des services publics dressé en juillet 1316 et attribué à Louis X le Hutin (1) qui place au premier rang des institutions le Conseil, bien avant le Parlement. La même place est assignée au Conseil du Roi dans les lettres du 21 avril 1407 (2) qui contiennent la nomenclature des corps et des officiers à qui le roi accorde l'exemption d'une aide : le Grand Conseil y est nommé le premier, le Parlement n'a que la seconde place, avant les autres cours qui jouissent de la même faveur.

Aussi le rang qu'occupait le Conseil du Roi, le prestige dont étaient entourés ses membres, provoquèrent vite l'ardent désir des princes et des seigneurs de s'immiscer au sein même du Conseil pour accéder au gouvernement du royaume et jouir d'une influence auprès du roi. Avant le ^{xiv}^e siècle, deux organismes étaient distingués : l'ancien conseil politique du roi formé surtout de seigneurs

(1) *Tresor des chartres*, reg. LVI. — PASQUIER : « *Recherches* », livre II, chap. 3.

(2) *Ord.* IX, 708.

et le conseil intime où le prince n'appelait que ses conseillers familiers.

Mais la dualité des conseils ne pouvait subsister ; il était impossible qu'il y eût deux organismes, l'un officiel, l'autre secret. La solution a consisté à fondre l'élément aristocratique imposé par les réactions féodales avec les éléments représentés par les conseillers intimes du roi, en vue de composer le conseil unique de celui-ci (1) : ce fut le Conseil du Roi des derniers siècles de la Monarchie.

Tandis que Philippe le Bel avait tenté de séparer les fonctions judiciaires des fonctions législatives, ses successeurs assistèrent à l'afflux spontané de toutes affaires importantes au Conseil du Roi : trop près du trône, le Conseil du Roi était considéré comme le roi lui-même et celui-ci, monarque absolu, devait connaître en dernier ressort toutes les contestations nées dans les domaines les plus divers. Les organismes détachés du Conseil au début du xiv^e siècle, loin de chercher leur autonomie, voulurent conserver un lien avec l'institution, pour participer à son autorité et son prestige : le Parlement tenta de s'immiscer dans les questions de législation et d'administration. Les Etats-Généraux, gardiens et défenseurs des traditions germaniques, virent bientôt dans le Conseil du Roi un rival ; nés dans l'esprit d'apporter au monarque l'aide dont il avait souvent besoin, les Etats cherchèrent à saper le pouvoir royal en voulant faire triompher le régime représentatif.

Le Conseil du Roi était devenu le bastion de la royauté, le véritable défenseur du régime. Le Conseil fut plus que l'instrument de travail du prince, il devint un véritable moyen d'auto-limitation et d'auto-protection du pouvoir royal. L'histoire des quatre derniers siècles de la Monarchie est tout entière mêlée des différentes phases de la lutte entre le Conseil du Roi, les Etats-Généraux et les Parlements ; le régime lui-même fut l'enjeu de la lutte.

Comment s'étonner alors que le Conseil du Roi, au lieu de s'enfermer dans une sphère qui lui fût particulière, chercha à évoquer à lui la connaissance de tout ce qui était de la compétence du roi lui-même ? Comme pour souligner la nouvelle confusion des fonctions qui régnait au sein du Conseil, celui-ci porte les noms les plus divers : Grand Conseil, Etroit Conseil, Secret Conseil, Conseil Privé. Cette confusion devait régner jusqu'à la Révolution. Mais,

(1) REGNAULT : Op. cit., p. 505.

d'après ESMEIN (1), ces diverses appellations concernent moins des sections différencées d'un même organisme que l'institution prise sous différents aspects en raison des fonctions variées qui incombaient au corps ; celui-ci fit office de Conseil, de Gouvernement proprement dit, de conseil d'administration pour tout le royaume, de juridiction contentieuse, administrative où se jugeaient toutes les plaintes et réclamations que soulevait l'Administration : il arriva même à exercer des attributions judiciaires proprement dites, représentant ainsi une cour de justice concurrente ou supérieure aux tribunaux ordinaires. Avant d'aborder le rôle législatif du Conseil du Roi sous les derniers siècles de la Monarchie, nous résumerons l'organisation de l'institution qui, malgré diverses dénominations, devait conserver, à travers une des époques les plus troublées de l'histoire de la royauté, son unité et son prestige.

SECTION I

L'ORGANISATION DU CONSEIL

L'histoire du Conseil fut celle de la royauté dont il fut jusqu'à la Révolution le seul soutien. Son autorité, son prestige furent ceux dont bénéficia le roi lui-même. Sous les quatre derniers siècles de la Monarchie, il devait recevoir beaucoup de modifications successives dues les unes à la libre volonté royale, les autres à des réactions populaires qui contraignirent le roi.

La composition du Conseil a changé selon les circonstances. D'allure aristocratique sous les derniers Capétiens directs et les premiers Valois, pendant les minorités de Charles VIII et de Louis XIII, dominé par des princes ou des factions sous Charles VI et pendant les guerres de religion, le Conseil est toutefois constitué généralement par des légistes, bourgeois ou petits chevaliers, mêlés souvent à des prélats qui y jouèrent aussi un grand rôle : le Conseil ne fut jamais que ce que le fit la volonté libre ou influencée du roi : le roi retient à son Conseil qui il veut. Sous François I^{er}, le Conseil du

(1) Op. cit., p. 450.

Roi comprend un nombre fixe de conseillers ordinaires et permanents (1). Ce personnel devait rester le noyau du Conseil auquel s'adjoindraient parfois d'autres conseillers ayant plutôt un rôle honorifique d'une réelle influence. Au début du xvii^e siècle, le Conseil du Roi était composé de conseillers en titres dits, à cette époque, « conseillers du roi dans son Conseil privé » ; il comprenait en outre, des membres de droit, les uns représentaient la haute noblesse, pairs de France et prince du sang, les autres étaient les grands officiers de la couronne. Un troisième élément, très fourni en nombre, était constitué par les conseillers à brevet : c'était un titre nobiliaire qui conférait le droit de prendre au Conseil séance et voix délibérative. Enfin, le Conseil avait un personnel auxiliaire très important dans les maîtres des requêtes qui furent les rapporteurs naturels des affaires et représentaient au Conseil un élément traditionnel.

L'ordonnance de 1673 devait modifier sensiblement la composition du Conseil ; elle fut établie surtout dans le but d'écarter les éléments aristocratiques. Les princes du sang et les pairs restèrent conseillers de droit, mais ils ne purent plus pénétrer qu'au Conseil privé, c'est-à-dire dans la section où on ne s'occupait que d'affaires judiciaires à l'exclusion de toutes affaires politiques importantes ; pratiquement, ils ne vinrent plus jamais.

L'entrée de tout Conseil fut interdite aux officiers de la couronne, sauf le chancelier, et aux conseillers à brevet dont le titre fut désormais purement honorifique. Le nombre des conseillers commis à gage fut fixé à trente-trois clercs, trois d'épée et vingt-quatre de robe longue. Les maîtres des requêtes furent maintenus. Sauf quelques créations nouvelles au xviii^e siècle, l'ordonnance de 1673 subsista dans ses grandes lignes jusqu'en 1789.

L'organisation interne du Conseil du Roi fut directement fonction des circonstances : la variété des affaires auxquelles le Conseil participait rendit nécessaire une division du travail plus ou moins accentuée ; l'institution se scinda en plusieurs conseils, plusieurs sections, sans que l'unité originelle cessât d'exister : par rapport à la dignité et à l'importance de l'organisme on l'appelle Grand Conseil ; celui-ci était aussi appelé Conseil Etroit, parce qu'il était l'entourage politique et immédiat du roi : il était dit secret parce qu'il devait garder rigoureusement le secret des délibérations, et privé parce

(1) « Degressalius Regalium franciæ », livre I, p. 115.

qu'il était la propriété, la privauté du prince (1). Nous sommes toujours en présence d'une seule et même institution (2).

Aux xv^e et xvi^e siècles, périodes de transition et d'instabilité politique, nous assistons à un certain essai de spécialisation du Conseil ; on cherche à continuer l'œuvre commencée par Philippe le Bel : le principe naturel de la division du travail poussait à séparer les fonctions judiciaires, politiques et législatives. Aux xvii^e et xviii^e siècles, le sectionnement du Conseil était acquis depuis longtemps ; l'ordonnance de 1663 ne fit que le préciser, mais on ne parvint jamais à la séparation des pouvoirs : les attributions des différentes sections chevauchaient les unes sur les autres ; le sectionnement du Conseil ne correspondait à rien de réel ; il était le plus souvent provoqué par le désir d'écarter les membres de droit des affaires les plus importantes (3) ; en réalité, l'institution n'avait rien perdu de son unité à travers toute la période monarchique.

1° *Aux XV^e et XVI^e siècles.* — Le Conseil de Philippe le Bel, composé surtout de légistes et de techniciens, semblait devoir vite se différencier du Parlement et de la Chambre des Comptes auxquels étaient accordée une certaine autonomie.

Philippe le Bel avait désiré faire de son Conseil un organe législatif et administratif après avoir délibérément écarté les attributions judiciaires.

Ce précédent ne resta pas sans suites et s'il est vrai que jamais aucune section du Conseil ne fut à proprement parler spécialisée, on peut encore relever, aux xv^e et xvi^e siècles, des essais de spécialisation.

En vertu du principe régalien de la justice retenue, le roi conservait le droit d'évoquer à son Conseil les litiges importants dont il désirait connaître. Or on chercha à isoler la section particulière du Conseil chargée de ces fonctions judiciaires : les Etats-Généraux de 1484 avaient également émis le vœu que cette section fût distinguée du Conseil proprement dit. Charles VIII et Louis XII réalisèrent la réforme en créant le Grand Conseil constitué en cour de justice et chargé de prononcer souverainement sur les contestations évoquées devant lui. Le chancelier Guy de Rochefort avait été l'instigateur de

(1) Noël VALOIS : « Inventaire », p. XVII et ss.

(2) ESMEIN : Op. cit., p. 518.

(3) GRANDCLAUDE : Op. cit., 539.

cette réforme qui, une fois de plus, avait pour but de dissocier au sein même du Conseil, les attributions judiciaires et les attributions législatives ou administratives. Les ordonnances des 2 août 1497 (ord. XXI, 4) et 13 juillet 1498 (ord. XXI, 56) contenaient l'organisation et les fonctions de la nouvelle institution.

Un nouvel essai de spécialisation réside, d'après M. REGNAULT (1), dans le fait que la royauté a momentanément et à plusieurs reprises, confié les finances à une section particulière du Conseil du Roi. Cette section ne saurait, en effet, se confondre avec le Conseil lui-même parce qu'elle n'a jamais été qu'intermittente, correspondant à une vacance dans la direction des finances assurée normalement par un ou plusieurs surintendants.

Ne faut-il pas voir également la spécialisation d'un Conseil restreint chargé d'examiner les grands problèmes politiques et les questions importantes de législation ? Quand le Conseil du Roi a fini d'expédier les affaires courantes, il arrive que la roi retient ses conseillers en titre ou ceux qu'il a choisis pour délibérer sur les affaires particulièrement importantes, arrêter la décision ou préparer l'objet de la délibération demandé au Conseil tout entier. Cette pratique est bien conforme à la tradition de la royauté : c'est l'ancien « Conseil Secret » ou « Conseil Etroit » qui devient sous Charles IX le Conseil des affaires du matin et constitue déjà l'esquisse de ce qui sera « le Conseil d'en Haut ».

A la fin du xv^e siècle, l'ordonnance d'août 1497 avait donné au Conseil du Roi une organisation nouvelle qui la divisait en deux branches, le Grand Conseil et le Conseil d'Etat. Cette division devait être maintenue au xvi^e siècle et servit de base aux édits de Louis XIV des 1^{er} mai 1657 et 3 janvier 1673 qui réglèrent définitivement les attributions du premier corps de l'Etat (2).

Dès le commencement du xvi^e siècle, la France se faisait remarquer par la forte unité de son gouvernement : Louis XII, François I^{er}, Henri II travaillèrent avec succès et persévérance à établir cette unité. Ils cherchèrent à constituer chaque province à l'image du duché de France, lui donner un Gouvernement relevant directement du roi, un Parlement pour la justice, des Cours des Comptes pour la juridiction financière, un receveur général pour la perception de l'im-

(1) Op. cit., p. 507.

(2) LAFERRIÈRE : Op. cit., p. 155.

pôt. Le Conseil d'Etat jouit alors du prestige réservé à la royauté et permit au souverain d'établir l'autorité du pouvoir central.

La division tripartite du Conseil demeura longtemps. Le Conseil principal s'occupait des grands problèmes de politique intérieure et extérieure et des questions de législation, les autres Conseils étaient spécialisés l'un dans la justice, l'autre dans les finances. Les règlements des 3 avril 1547, 18 février 1566, 24 octobre 1572 relatent cette distinction ; le règlement du 1^{er} janvier 1585 organise lui aussi trois Conseils : le Conseil d'Etat, le Conseil privé et le Conseil des finances (1). Mais un règlement du mois de mars 1615 accentua le sectionnement du Conseil en créant le Conseil des dépêches et le Conseil du commerce.

Les guerres civiles qui avaient troublé la fin du règne d'Henri III et presque tout le règne d'Henri IV ne permirent pas d'arriver à une organisation définitive du Conseil d'Etat sous l'administration de ces princes : la réglementation intérieure du Conseil était inexistante ; la situation des conseillers, tantôt appelés par la faveur royale, tantôt chassés par la disgrâce, était très précaire. En 1615, dans une assemblée solennelle, le Parlement se proclama seul héritier des Etats, substitua ses arrêts de règlements à leurs doléances et réclama le droit de ratifier les actes législatifs. Toutefois il ne croyait point à son triomphe tant qu'il ne parviendrait pas à contrôler la composition du Conseil d'Etat.

Mais Richelieu, antagoniste convaincu du Parlement, devait développer l'action du Conseil d'Etat au détriment des cours souveraines et renforcer l'organisation de celui-ci.

2° *Aux XVII^e et XVIII^e siècles.* — André D'ORMESSON avait été le témoin des luttes que le Conseil d'Etat avait dû soutenir pour conserver son rang ; dans ses *Mémoires inédits*, il nous révèle les prétentions exorbitantes des Parlements. Le litige ne fut résolu en faveur du Conseil d'Etat que sous Louis XIII, par un règlement de Montpellier du 12 octobre 1622 et un règlement de Compiègne du 1^{er} juin 1624 qui divisait les conseillers en ordinaires, semestres et quadrimestres au nombre respectif de huit, dix et douze.

Imposé par la division du travail, le sectionnement du Conseil était devenu traditionnel au XVII^e siècle. Mais les luttes qu'avait subies

(1) Voir FONTANON : « Recueil d'édits et d'ordonnances des rois de France », IV, 1355-1385 et ss.

l'institution avaient eu pour effet non seulement d'établir la nécessité du Conseil du Roi mais encore de souligner son unité et de renforcer son véritable rôle de conseiller de la couronne, de donneur d'avis. Le Conseil allait perdre en effet insensiblement son caractère politique et devait orienter son activité dans le domaine consultatif. D'après M. DÉCLAREUIL (1), les idées du temps, en matière de gouvernement, se satisfaisaient mieux de l'action unique d'un ministre que des discussions d'un Conseil.

Au temps d'Henri IV, les Conseils — encore qu'hétérogènes — donnaient l'apparence de laborieuses commissions d'études.

Sous Louis XIII l'évolution est plus nette. Les Etats de 1614, les notables de 1617 annonçaient la réforme opérée par Richelieu. Ce fut le règlement du 18 janvier 1630, rédigé par le garde des sceaux Michel de Marillac, qui a réellement organisé le Conseil d'Etat de l'ancien régime : il détermine assez nettement les attributions de chaque section du Conseil (1) et constitue un résumé, une conclusion des dispositions prises au début du siècle par les règlements de Montpellier du 12 octobre 1622, de Compiègne du 1^{er} juin 1624, de Châteaubriant du 26 août 1626, de La Rochelle du 3 janvier 1628.

Par le règlement de 1630, le roi « veut et ordonne, pour décharger ses Conseils de toutes les matières et affaires qui gisent en juridiction contentieuse, qu'elles soient renvoyées en Parlement, Grand Conseil, Cour des Aides et autres juges ordinaires ». Il y est distingué le Conseil d'Etat qui se réunit le lundi, le Conseil privé qui siège le samedi, le Conseil des finances le mercredi, le Conseil des affaires et dépêches le mardi (2).

La minorité de Louis XIV avait ramené la confusion dans le Conseil qui s'était rempli d'une foule de magistrats, mais la victoire de Louis XIV sur la Fronde marque un nouveau stade dans la réglementation du Conseil. Le règlement de 1657 réduisit le nombre des conseillers ; l'ordonnance du 16 janvier 1661, en ordonnant aux cours souveraines de se soumettre aux arrêts du Conseil, rappelait le principe de la supériorité de celui-ci. Le règne de Louis XIV devait fixer définitivement le Conseil à l'état d'organe administratif vers quoi il tendait.

(1) « Histoire générale du Droit français ».

(2) « Mémoires d'André d'Ormesson », f° 99.

L'ordonnance du 16 septembre 1661, rendue sous l'influence de Colbert, régularise le service du Conseil : celui-ci fut divisé en quatre sections : deux sous le nom de grande et petite direction s'occupaient des questions contentieuses en matière de finances et d'impôts : le Conseil des dépêches était chargé de l'administration intérieure ; le Conseil des parties examinait les questions d'évocation ou de conflits. En août 1664 était créé un Conseil du commerce sur l'instigation de Colbert.

L'ordonnance civile du mois d'avril 1667 confirmait les pouvoirs du Conseil en matière législative et administrative. Le roi, en son Conseil, était seul compétent pour interpréter les actes émanés de lui en matière administrative. L'interprétation judiciaire était abandonnée aux cours souveraines et au Grand Conseil tandis que l'interprétation générale dite législative était réservée au Conseil du Roi comme ne pouvant être donnée que par le législateur lui-même. L'article 7 de ladite ordonnance rappelle en effet ces principes : « Si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de Parlement il survient aucuns doutes ou difficultés sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter, mais voulons qu'en ce cas, elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention » (1).

Une ordonnance du 9 janvier 1673 rappelle les principes de celle de 1630. Le Conseil d'Etat n'avait plus aucune attribution politique. Louis XIV avait si bien compris l'importance du Conseil comme organisme délibérant qu'il avait confié à la direction du gouvernement à un comité de trois membres composé de Lyonne, Colbert, Le Tellier (qui fut remplacé par Louvois). Mais en enlevant au Conseil d'Etat les affaires politiques, le grand Roi avait renforcé l'autorité du Conseil dans les questions dont il lui laissait la préparation et la décision : l'institution s'était confinée dans le triple rôle législatif, administratif et juridictionnel (2).

Louis XV, trop faible, réarma les Parlements en leur octroyant leurs anciennes prérogatives, principalement le droit de remontrances. Cette victoire de la magistrature devait être le signal d'une lutte à l'issue de laquelle le Conseil d'Etat devait succomber avec le régime

(1) DARESTE : « Etude », p. 67.

(2) CHÉRUEL : « Dict. des Inst. de France », V^e Conseil d'Etat.

monarchique : à chaque rencontre avec le Parlement la royauté perdait du terrain mais la défaite de la Monarchie eût été prompte sans l'aide efficace que lui apporta le Conseil d'Etat fort de l'organisation donnée par Richelieu.

Le Conseil était toujours divisé en cinq sections : le Conseil des Affaires étrangères ou Conseil d'Etat, le Conseil des finances, le Conseil des dépêches, le Conseil du commerce, le Conseil des parties ou privé, ce dernier le « confident du trône ». Les règlements des 29 et 28 juin 1738 nous laissent entrevoir la variété des affaires dont le Conseil avait le contrôle. Ce dernier règlement qui pose nettement les attributions des différentes sections reconnaissait au seul Conseil privé la compétence dans les domaines suivants : matières d'évocation sur parenté et autres cas ; règlement de juge en matière civile et criminelle ; cassation des arrêts et jugements rendus en dernier ressort ; affaires fiscales ; appels de la Chambre des Comptes ; appels en matière de prises maritimes ; demandes en prise à partie ; évocation pour matières bénéficiales, domaniales et féodales ; conflits en juridictions ; demande en interprétation de la loi ; préparation des lois, édits, règlements.

Le Conseil d'Etat faisait corps avec le roi : l'histoire de la seconde moitié du XVIII^e siècle devait montrer à quel degré le sort de l'institution était lié à celui de la royauté.

En 1763, lorsque le corps judiciaire fut exilé à Pontoise, c'est une commission de conseillers d'Etat qui le remplaça provisoirement. Peu à peu le Conseil reconqu Coast sur les Parlements tout le pouvoir réglementaire. Trente intendants menaient la France, disait le Marquis d'Argenson, et le Conseil menait les intendants. On félicitait Maupeou d'avoir retiré la couronne du greffe. On pouvait croire que le Conseil avait repris définitivement son rang dans la hiérarchie des institutions et que la royauté était désormais capable de maintenir son autorité contre les prétentions des Parlements.

Mais la valeur morale des conseillers ne pouvait plus suffire à protéger le trône contre ses propres hontes : la nouvelle magistrature fut mal recrutée. Seul Turgot, qui regrettait que le nouveau corps judiciaire ne fût pas à la hauteur de sa tâche, projetait son remplacement par une assemblée nationale sortie de l'élection et placée aux côtés du monarque éclairé pour voter l'impôt et présenter les vœux du pays.

Louis XVI ne comprit pas ce qui eût pu sauver le régime ; il

tenta seulement, par une suprême mesure, de renforcer l'unité du Conseil en réunissant les différentes sections sous la même dénomination.

Mais ce que le roi avait refusé, le Parlement à peine réuni l'exigea et les Etats-Généraux de 1789 devaient provoquer le changement du régime et avec lui la disparition du Conseil d'Etat auquel la loi du 25 mai 1791 allait substituer le Conseil des ministres.

SECTION II

L'ŒUVRE LÉGISLATIVE DU ROI EN SON CONSEIL

Depuis longtemps le roi légiférait : capitulaires, édits, ordonnances montraient que le monarque usait d'un droit peu à peu devenu traditionnel et régalien.

Mais les coutumes, droit régional mal établi et variable, constituaient un danger pour l'autorité du prince. Souvent en effet les ordonnances se heurtaient aux usages établis : les enquêtes par turbes menaient à des procès interminables et ne révélaient pas toujours facilement l'état du droit en vigueur. Dans tous les domaines se rencontraient les inconvénients graves de la coutume demeurée à l'état « oral » et apparaissait la nécessité de renfermer celle-ci dans un texte écrit. Mais il ne devait être donné satisfaction à ce besoin que vers le milieu du xv^e siècle.

Les xv^e et xvi^e siècles, périodes de transition en matière politique, nous l'avons vu, furent aussi en matière de législation une époque où devait se stabiliser le droit par la rédaction officielle des coutumes et où allaient s'accroître le pouvoir législatif du prince grâce à la stabilité du droit coutumier.

Aux xvii^e et xviii^e siècles s'élaborent les grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV.

Le Conseil du Roi fut appelé à jouer un rôle de premier plan tant dans la rédaction des coutumes que dans la préparation des ordonnances.

1^o *Aux XV^e et XVI^e siècles.* — Dès le début du xv^e siècle apparaissent des rédactions de coutumes générales entreprises sur l'ordre

ou sous les auspices des autorités provinciales : ainsi furent rédigées en 1411 les coutumes d'Anjou-Maine et en 1457 celles du Poitou.

Plus tard, en 1450, sur l'initiative locale, on avait élaboré le même travail à Bourges, mais cette coutume devait, la première, recevoir l'approbation du roi Charles VII. On s'engageait ainsi dans une politique de rédaction par voie d'autorité et avec approbation royale.

C'est l'ordonnance de Montils-les-Tours (1) rendue en avril 1453 qui donna l'ordre de rédiger les coutumes, usages et styles de tous les pays du royaume.

Il s'agissait là d'un événement qui devait modifier sensiblement le caractère du droit privé tel qu'il existait en France. Jusque-là les coutumes, s'étant développées spontanément, étaient incertaines, instables et divergentes. Aussi Charles VII devait-il faire œuvre utile en ordonnant la rédaction de toutes les coutumes en France.

Malgré des instructions précises contenues dans les ordonnances et ordres royaux, peu de coutumes devaient être rédigées sous Charles VII. Les coutumes de Bourgogne et de Franche-Comté furent rédigées sous le règne de Charles VII. Ce prince n'eut pas le temps d'apposer son sceau sur les coutumes de Touraine dont la rédaction faite à Langeais ne fut achevée qu'en mars 1461 et qui furent confirmées par Louis XI en février 1462. Les coutumes d'Anjou furent rédigées en 1463.

Un ralentissement de l'œuvre rêvée par Charles VII provoqua le renouvellement par Louis XI de l'ordonnance de Montils les Tours au mois d'août 1481 : les lettres envoyées permirent la rédaction des coutumes de Bourges, Mehun, Issoudun. Charles VIII devait continuer l'œuvre de ses prédécesseurs ; de 1490 à 1494 eurent lieu les rédactions des coutumes de Nivernais, de Bourbonnais, de Lorris, de Troyes. A partir de Louis XII le travail avance rapidement : la coutume d'Orléans est rédigée en 1500, celle de Paris en 1510. Sous François I^{er} la coutume de Bretagne est publiée. Mais tout le xvi^e siècle est rempli de ce travail de rédaction : la coutume de Normandie n'est achevée qu'en 1583 et la deuxième partie du xvi^e siècle est surtout consacrée à ce qu'on a appelé les réformations des coutumes c'est-à-dire une seconde rédaction revue et corrigée.

Il importe de connaître la procédure de la rédaction officielle

(1) « Isambert », tome IX, p. 253.

des coutumes pour voir apparaître le rôle du Conseil dans cette élaboration du droit.

L'article 125 de l'ordonnance de Montils-les-Tours prévoit la procédure de l'opération : d'après ces dispositions, la mise par écrit devait être faite par une assemblée locale, composée des « coutumiers, praticiens et gens du pays », les rédactions devaient se faire par « pays », autrement dit par ressort de coutumes.

Chaque rédaction est ordonnée par lettres patentes du roi adressée au bailli qui devait convoquer l'assemblée des trois Etats chargée de discuter le projet préparatoire et de mettre par écrit les articles « accordés par les trois ordres ».

C'est après la mise par écrit que le Conseil du Roi intervenait dans la vérification de la coutume. Celle-ci une fois rédigée était « visitée » par le Conseil ou le Parlement ; après cet examen et un rapport adressé au roi, celui-ci décrétait et confirmait la coutume.

Il est hors de doute que malgré les divergences qui existaient entre les différentes coutumes, leur rédaction officielle et leur réformation sous le contrôle du Conseil du Roi diminuèrent leur diversité et contribuèrent à la formation d'un certain droit commun coutumier. Les coutumes cessèrent d'être incertaines par le fait matériel de leur mise par écrit et d'être instables grâce à la publication officielle par le roi. La valeur obligatoire qu'elles avaient auparavant comme droit coutumier, elles l'avaient maintenant comme lois puisque le roi les avait scellées de son autorité : le pouvoir législatif du prince acquérait un nouveau prestige.

Mais la rédaction officielle des coutumes ne fut pas la seule œuvre législative de l'autorité royale. Le Conseil du Roi devait élaborer des ordonnances qui visent la réformation du royaume ou plus spécialement une partie de l'administration.

La Pragmatique sanction de Bourges en 1438 donnait au clergé français une autonomie qu'on appela les libertés de l'Eglise Gallicane ; beaucoup plus explicite que celle de Saint Louis, la nouvelle Pragmatique essayait de délimiter les droits de l'autorité spirituelle sur le pouvoir temporel.

La grande ordonnance de Blois (Ord. XXI, p. 177) du mois de mars 1408, rendue sur les vœux des Etats-Généraux de 1484 montre le souci de réformer la justice qui apparaît souvent dans la législation de l'époque.

Les autres ordonnances les plus remarquables du xvi^e siècle ont été faites sur l'intervention des Etats-Généraux : en 1560 en effet, ceux-ci se réunirent à Orléans après une interruption de près d'un siècle : les cahiers contenaient les doléances accumulées pendant quatre-vingts ans, ils inspirèrent trois grandes ordonnances : l'ordonnance d'Orléans de 1561, l'édit du Roussillon de 1563 et l'ordonnance de Moulins de 1566. La première opère la réorganisation du clergé, restaure les écoles, soumet à un nouveau régime les couvents et le clergé régulier. La réforme judiciaire fut même une fois de plus envisagée : on supprima les charges créées depuis Louis XII, on interdit le cumul des fonctions, la vénalité des offices. Le second contient des dispositions de procédure et droit civil et notamment quelques développements sur les acceptations bénéficiaires. Par l'ordonnance de Moulins, le chancelier l'Hôpital émet des innovations importantes en droit public et en droit privé après s'être entouré de l'avis du Conseil. Il essaie de fortifier le pouvoir législatif du roi en posant pour principe que les ordonnances doivent être observées même si elles font l'objet de remontrances ; le pouvoir judiciaire des villes est réduit à la simple juridiction de police. Certains textes traitent des matières les plus diverses, comme l'ordonnance de Blois de mai 1579, la dernière œuvre législative du xvi^e siècle qui s'analyse de la manière suivante : Etat, hôpitaux, universités, justice, suppression des offices et de charges, noblesse, armée, suite du roi et de la reine, domaine royal, voies publiques, métier.

Dans ces actes législatifs, nombreuses sont les dispositions qui aujourd'hui n'ont plus d'intérêt pour le droit moderne mais cependant on peut noter quelques mesures encore en vigueur de nos jours :

L'ordonnance de Villers Cotterets a établi la tenue des registres de baptême, de mariage et de sépulture, embryon de nos actes d'état civil.

L'ordonnance de Moulins substitue la preuve écrite à la preuve testimoniale en droit civil au dessus de cent livres, créé l'hypothèque judiciaire, admet en matière criminelle la compétence *ratione loci*.

Les ordonnances de Villers Cotterets et de Moulins ont établi l'insinuation pour les donations ; c'est le précédent de notre régime de transcription.

L'œuvre législative des xv^e et xvi^e siècles est donc loin d'être négligeable mais s'il faut juger celle-ci, convenons que la plupart de

leurs dispositions furent mal observées et qu'elle apparait peu de chose à côté du mouvement de codification qui va commencer au xvii^e siècle pour se continuer au siècle suivant. L'étude de la législation sous les derniers rois de France, avant la Révolution, est particulièrement importante en fonction des précédents qu'elle a créés pour la législation moderne ; on y découvre plus facilement encore l'empreinte du Conseil du Roi.

2° *Aux XVII^e et XVIII^e siècles.* — *Le règne d'Henri IV* fut assez pauvre en mesures législatives : il faut cependant citer l'édit de Nantes qui, en avril 1598, rendit à la France la paix religieuse en proclamant la liberté de conscience, l'édit de 1607 sur la voirie et le dessèchement des marais, les édits de 1601 et 1609 sur les rentes et la subrogation dont certaines dispositions sont passées dans notre droit civil. Déjà le principal effort du législateur fut porté sur l'unité de la législation. Entouré de chanceliers de valeur comme Maximilien de Béthune duc de Sully et de ses conseillers, les savants jurisconsultes Loyseau, Pasquier, Loysel, de Thou, le roi chercha dans son œuvre législative plus d'unité et de cohésion.

Sous Louis XIII, on ressentait déjà l'aspiration vers la codification des textes législatifs ; la grande ordonnance du garde des sceaux Michel de Marillac de janvier 1629 (1) connue sous le nom de code Michaut était destinée à coordonner les ordonnances précédentes. Elaborés à la suite des doléances des États-Généraux de 1614 et des deux assemblées des notables de 1617 et de 1626, ses 461 articles reproduisaient les dispositions les plus importantes des ordonnances d'Orléans, de Moulins et de Blois et ajoutaient quelques mesures nouvelles relatives à l'hypothèque des jugements étrangers, la péremption d'instance. Mais la répression d'abus qui froissaient les intérêts de tous entraîna malheureusement le mépris des dispositions de l'ordonnance en même temps que la disgrâce du chancelier.

Il faut attendre Colbert pour voir naître le travail législatif. Le Premier Ministre de *Louis XIV* fit aisément comprendre au monarque que pour être grand roi il fallait être législateur. De 1667 à 1681 on trouve en effet une série d'ordonnances sur des matières particulières ; inspirées par Colbert, élaborées par des commissions

(1) « Recueil Isambert », tome XVI, pp. 224, 344.

spéciales composées de conseillers du roi et de membres du Parlement, elles constituent le plus beau monument législatif de l'ancienne France. Volontiers on a attaché à l'époque du Consulat la gloire d'avoir donné au pays le grand bienfait de la codification, mais le siècle de Louis XIV peut s'enorgueillir des rédactions du Code Louis, de l'ordonnance sur la Procédure civile d'avril 1667 qui, le premier en date de nos codes modernes, devait être suivie par d'autres mesures législatives aussi importantes.

En août 1669, une nouvelle ordonnance sur « la réformation de la justice » vint compléter en effet celle de 1667; elle cherchait à limiter le nombre des personnes bénéficiaires des lettres de commissions et à restreindre les évocations.

La même année 1669 donnait le jour à l'édit général sur les eaux et forêts qui fixe les conditions de l'administration et de la juridiction des gaugers, verriers et autres fonctionnaires.

Au mois d'août 1670 parut l'ordonnance criminelle (1) qui réglait la compétence des diverses juridictions prévôtales, présidiales, seigneuriales, ainsi que les formes de la procédure; malgré le maintien de la question et de la torture, l'accusé recevait quelques garanties.

L'ordonnance du commerce (2), rendue en mars 1673, soumit à un règlement uniforme toutes les transactions commerciales. Tenue des livres, modes de paiement, lettres et billets de change, contrat de par corps, sociétés de commerce, faillites, banqueroutes, juridiction des tribunaux de commerce, tout y fait l'objet de détails précis et y est réglé avec un soin minutieux.

Le chef-d'œuvre de Colbert fut la grande ordonnance de Fontainebleau d'août 1681, dite « ordonnance de la marine »; rien ne fut épargné pour en faire une œuvre durable: très méthodique le texte comporte des dispositions sur le personnel maritime, les contrats maritimes, la police des ports, les pêcheries.

Après Colbert, mort en 1683, la série des belles ordonnances de Louis XIV est close. Les textes législatifs qui restent à signaler sont d'une toute autre portée: le Code noir de mars 1685 réglemente durement la condition des esclaves vivant dans les îles d'Amérique et toutefois constitue une amélioration sur le droit antérieur: les noirs étaient désormais admis à avoir une famille, mari, femme

(1) « Anciennes lois françaises », tome XVIII, p. 3711 et ss.

(2) « Anciennes lois françaises », tome XIX, p. 91.

et enfants en bas âge ne pouvaient être vendus séparément : la femme esclave ne pouvait plus servir aux débauches de son maître (1). La triste ordonnance de Fontainebleau d'octobre 1685 portant révocation de l'édit de Nantes, dont beaucoup d'articles sont passés dans le Code civil, fut la dernière œuvre législative marquante du Roi soleil.

Sous Louis XV, avec le chancelier d'Aguesseau, on trouve surtout des ordonnances relatives au droit privé. Profondément pénétré par l'idée de la codification, d'Aguesseau songea, comme Lamoignon, comme Colbert, à une refonte générale du droit privé ; mais convaincu qu'on ne pouvait aborder ce grand travail que « par parties », il se contenta de rédiger et de publier quelques ordonnances partielles destinées à prendre place dans un « corps de lois » qui ne fut jamais réalisé. On peut citer cependant l'ordonnance de Versailles en 1734 sur les donations, celle d'août 1735 sur les testaments, l'ordonnance de juillet 1737, important complément de l'ordonnance criminelle de Louis XIV, enfin l'ordonnance d'août 1747 concernant les substitutions.

Faut-il aussi citer le règlement du 28 juin 1738 « concernant la procédure du Conseil du Roi », qui sert encore aujourd'hui à la Cour de Cassation pour déterminer la procédure du pourvoi en matière civile que le Code de Procédure a oublié de réglementer. Avec d'Aguesseau s'éteignait l'activité légiférante de Louis XV.

Il faut attendre l'ordonnance sur la marine de septembre 1776, *sous Louis XVI*, pour trouver une grande mesure législative. Très nombreuses furent les dispositions législatives de Louis XVI ; on relève surtout beaucoup d'édits qui tendent à supprimer les abus qui avaient cours depuis longtemps dans le royaume. D'après Chénou (2), on sent que le roi cherche à mettre les institutions du passé en harmonie avec les nouvelles tendances politiques et économiques qui s'étaient fait jour au XVIII^e siècle. Les ordonnances prennent de ce chef un caractère « libéral ». L'influence de Turgot devait en effet conduire Louis XVI à établir la liberté du commerce des grains, en septembre 1774, à supprimer la corvée et les corporations d'arts et métiers en février 1776. L'édit d'août 1779 abolit la main-morte ; la déclaration d'août 1788 supprime la question préalable : l'édit de

(1) CHÉRUÉL : « Hist. de l'Adm. monarchique », tome II, p. 274.

(2) « Hist. gén. du Droit français public et privé », tome II, p. 364.

novembre 1787, mesure toute politique, rend l'état civil aux protestants.

Bref, avant la Révolution Louis XIV avait codifié la procédure, Louis XV avait réussi à codifier plusieurs dispositions du droit privé, Louis XVI avait déjà proclamé certaines libertés. Mais si les ordonnances des XVII^e et XVIII^e siècles reflètent le prestige de ces illustres rois, nous sommes redevables aux premiers ministres de l'initiative des réformes et surtout au Conseil du Roi de l'élaboration des textes.

SECTION III

LE RÔLE DU CONSEIL DANS L'ÉLABORATION DES TEXTES LÉGISLATIFS

Nous avons relaté le rôle du Conseil d'Etat dans la rédaction et la réformation des coutumes, ce pas franchi vers l'unité de la législation. Le Conseil avait également pris part à la préparation des ordonnances des XV^e et XVI^e siècles, mais contentons-nous de souligner le travail des Conseillers dans l'élaboration des grandes ordonnances de Louis XIV et de Louis XV.

§ 1^{er}. — *Sous Louis XIV*

Les auteurs se plaisent à mettre en lumière le rôle de premier plan joué par certains conseillers d'Etat sous Louis XIV.

VOLTAIRE, dans son *Siècle de Louis XIV* (chap. 29), relate l'œuvre de ceux-ci, de Pussort en particulier, et cite les travaux de Seguier, Lamoignon, Talon, Bignon.

FERRIÈRE (V. ordonnance de Louis XIV) nous apprend que Sa Majesté fit assembler les principaux magistrats de son Conseil et de son Parlement pour arrêter les articles des Ordonnances civile et criminelle.

BORNIER (*Conférence des ordonnances de Louis XIV*, tome I, préface) donne des détails plus complets : l'ordonnance de 1667 aurait été préparée par le Conseil en présence du roi; ce dernier

n'aurait pris qu'ensuite l'avis du Parlement au moyen de conférences tenues chez le chancelier où se réunissaient des commissaires du Conseil et des commissaires du Parlement. L'ordonnance de 1670 fut préparée de la même manière.

On a publié, en effet, en 1700, le procès-verbal des « *Conférences* tenues par ordre du roi entre Messieurs les commissaires du Conseil et Messieurs les députés du Parlement de Paris pour l'examen des ordonnances civile et criminelle ».

De longues conférences eurent lieu entre d'Aligre, de Sève, Machault, de Vertamont, Morangis, Poncet, Boucherat, Pussort ; des rapports très étudiés étaient faits par des conseillers d'Etat, Boucherat, Pussort, Poncet en particulier ; les séances étaient présidées par le roi lui-même ; conseillers d'Etat et maîtres des requêtes collaboraient ; ceux-ci avaient d'illustres représentants : Voirin, Hotmann, Chamillart, Caumartin, le Pelletier, la Houssaye, La Reynie. Les mémoires de Colbert publiés par Pierre CLÉMENT (1) nous montrent en détail tout le mécanisme de ce remarquable travail.

Les mémoires adressés au roi témoignent du soin que chaque conseiller apportait au projet qui lui était confié ; ils étaient destinés à éclairer le monarque sur l'état de l'administration, de la justice, à lui montrer les abus, à lui suggérer des remèdes ; ces mémoires n'ont jamais été publiés, mais existent encore à l'état de manuscrits à la Bibliothèque Nationale sous le titre « *Mélanges Clerambault* », n° 613. Ainsi l'ordonnance sur les eaux et forêts du mois d'août 1669 serait le fruit des études approfondies de Chamillard, Favier du Boulay, de Fontenay, de Machaut, maîtres des requêtes chargés précédemment par Colbert d'inspecter ce service. L'ordonnance sur la marine fut rédigée sur le rapport d'Herbigny par une commission composée de trois membres, également maîtres des requêtes, de Croissy, Bouillé et le Vayer. Le conseiller d'Etat Pussort se serait distingué par la clairvoyance de son esprit qu'on retrouvait dans ses mémoires.

La mise en œuvre de ce travail d'élaboration législative semble avoir été provoquée par une supplique adressée par Colbert au roi,

(1) « *Lettres, instructions et mémoires de Colbert* », par Pierre CLÉMENT.

document trouvé dans les papiers du premier ministre et publié par Pierre CLÉMENT (1).

Le manuscrit est un relevé des ordonnances faites par la royauté pour le règlement de justice, police et finances du royaume depuis Saint-Louis jusqu'en 1626. Il constate que tous les grands rois ont profité du temps de paix pour rendre d'importantes ordonnances, pour améliorer la justice ou essayer de codifier les lois en vigueur et conclut que le succès n'a couronné ni l'intention d'Henri III de réunir en un seul corps tous les textes législatifs, ni les soins apportés par Michel de Marillac pour unifier la législation.

Mais Colbert voulut décider le grand roi à apporter une nouvelle gloire à son règne. C'est ainsi qu'il lui remit un important mémoire le 15 mai 1665 où les réformes les plus osées avaient pris le jour et où perçait une pensée d'unification, de codification chère au Ministre.

On trouve également les traces de plusieurs conversations entre Louis XIV et les membres les plus éminents du Conseil d'Etat (*Journal d'Olivier d'Ormesson*, T. II, pp. 363, 369, 396, 397, 399, 403).

Toute l'importance laissée au Conseil d'Etat dans la préparation des lois apparaît encore dans la lettre que Colbert avait adressée à Louis XIV pour obtenir l'approbation de la réforme qu'il se proposait; Colbert étalait le rôle qu'il désirait donner au Conseil d'Etat : « On prendrait quatre ou cinq des plus habiles conseillers d'Etat qui, joints à quatre ou six des plus habiles avocats, se réuniraient chez le doyen des conseillers d'Etat. On ferait choix de huit maîtres des requêtes du Conseil d'Etat qui iraient dans les villes où se trouvaient les Parlements. Les Maîtres des requêtes recevraient une ample instruction avant de partir et, après chaque assemblée, donneraient avis au Conseil d'Etat de ce qui se serait passé. Les six conseillers d'Etat et les six avocats auraient à examiner toutes les ordonnances, article par article, distinguer les articles exécutés de ceux qui ne le seraient pas, peser ce qu'il y aurait à corriger, examiner les différences qui se rencontreraient, etc. ».

Et nous savons que Louis XIV admit favorablement les suggestions de Colbert; ce dernier se mit au travail immédiatement et s'en-

(1) « Lettres, papiers et documents de Colbert », tome VI, p. 362.

toura de remarquables collaborateurs. Mais on cherchait nettement les moyens d'atteindre le but sans le concours du premier Président de Lamoignon, systématiquement hostile à Colbert et ennemi farouche de Pussort et surtout sans l'intervention du Parlement dont on projetait de réduire les prérogatives. On avait tout d'abord pensé que la promulgation de l'ordonnance pourrait avoir lieu après le travail du Conseil de justice ; on se ravisa et il fut décidé que l'ordonnance serait soumise à un nouvel examen dans une conférence de conseillers d'Etat, de maîtres des requêtes et de membres du Parlement.

On a le procès-verbal des conférences tenues par l'ordre du roi pour l'examen des articles de l'ordonnance civile du mois d'avril 1670. (Nouvelle édition, Paris, 1709, 2 vol. in-4°). Ce document, fort instructif, montre que dès le début s'établit l'opposition entre Lamoignon et Pussort, l'un, soucieux des formes, respectueux du passé, représentait la tradition germanique; l'autre, personnifiant le despotisme honnête et n'admettant pas la moindre résistance aux décisions du souverain, défendait la conception romaine du pouvoir.

L'utilité de ces conférences fut évidente; pour certains, la collaboration de la magistrature fut la plus précieuse : Raymond BORDEAUX, dans la *Philosophie de la Procédure civile* (Ch. 10, p. 67), prétend que sans Lamoignon la nouvelle ordonnance n'eût été qu'un résumé, mis en ordre, des anciennes ordonnances et que grâce au premier Président on fit disparaître les plus criants des anciens abus; d'autres auteurs, plus partisans d'en attribuer le mérite au Conseil d'Etat (Pierre CLÉMENT, *le premier Président de Royer*), admettent que l'heureux résultat des conférences fut principalement dû à Pussort.

Quoi qu'il en soit, si l'influence du Conseil d'Etat et du Parlement était peut-être également efficace dans la décision des articles des ordonnances, le mérite du travail d'élaboration et de discussion des projets revenait entier aux membres éminents du Conseil d'Etat.

On possède même des traces de la méthode de travail des conseillers. Dans son mémoire au roi, le 15 mai 1665, Colbert avait proposé de constituer un Conseil de justice, commission générale composée de membres les plus éminents du Conseil d'Etat. De ce corps, une première sous-commission devait se détacher comprenant quatre ou six conseillers d'Etat, auxquels se joindraient quatre ou six avocats du Parlement et chargée de préparer les questions à dis-

cuter en assemblée générale dans le Conseil de justice. Dans le sein de cette sous-commission on voyait souvent des groupes de deux conseillers d'Etat et de deux avocats qui préparaient les projets. Ceux-ci faisaient donc l'objet de trois discussions : d'abord dans un groupe de quatre membres de la commission, puis par la commission entière, enfin par le Conseil de justice lui-même.

Le premier Conseil de justice fut convoqué le 24 septembre 1665 dans le cabinet de Sa Majesté. Il réunissait les chanceliers Colbert, Seguier, de Villeroy, d'Aligre, de Sève, Le Tellier, Lionne, de Machault, de Verthamont, Morangis, Poncet, Pussort, Boucherat, conseillers d'Etat; Voisin et Hottmann, maîtres des requêtes.

Dans sa seconde séance, le 11 octobre 1665, le Conseil se subdivisa en sous-commissions et décida que chacune d'elles s'adjoindrait un certain nombre d'avocats. La sous-commission chargée de la réforme judiciaire comprenait les conseillers d'Etat de Verthamont, Colbert, Pussort, Voirin, Caumartin, Le Pelletier, de la Reynie, le maître des requêtes Hottmann, les avocats Auzanet, l'Hoste, de Gomont, Ragueneau, Bellain; Pussort y préparait les questions qui étaient distribuées à chacun des avocats; les projets d'ordonnances étaient discutés par titres et par articles, puis votés, enfin soumis au Conseil de justice.

Le Parlement essaya de prendre part aux projets de réforme. Bon gré, mal gré, sur les instances du Président Lamoignon et l'invitation de Louis XIV, Colbert dut faire une place aux magistrats du Parlement. On réunit alors des conférences entre la commission de vingt-neuf membres réunis par le Parlement et celle de neuf commissaires issus du Conseil de justice. De nouvelles discussions entre le Président Lamoignon et le Conseiller d'Etat Pussort donnèrent lieu à des duels d'éloquence. Ces conférences furent fort utiles; membres du Conseil d'Etat et magistrats du Parlement firent preuve d'un zèle incomparable à défendre, les uns l'autorité du roi, les autres les traditions coutumières, tous à assurer à la France une meilleure législation.

Tel fut le processus d'élaboration des grandes ordonnances de Louis XIV. La dernière, celle d'août 1681 sur la marine, certainement la plus remarquable, fut également l'objet des travaux assidus d'une sous-commission de la Commission de justice, présidée par M. de Morangis. Ce dernier faisait partie du Conseil de justice depuis le 11 octobre 1665. Un avocat, Legras, avait été chargé d'étudier les

lois maritimes en Hollande, le maître des requêtes d'Herbigny se vit confier par Colbert le soin de procéder à une enquête générale dans les ports du royaume et d'examiner jurisprudence, statuts, ordonnances, règlements en vigueur. (*Mémoires de Colbert.*)

§ 2. — Sous Louis XV

On a pu constater que les projets de créer ou d'étendre l'unité du droit en France ont apparu à plusieurs reprises. Sous Louis XIV l'unité fut obtenue dans presque toutes les branches. Le nombre et la diversité des coutumes cependant n'avaient pas permis de ramener à une seule loi les dispositions de droit privé; Colbert et Pussort avaient eux-mêmes renoncé à aborder cette tâche, mais sous l'impulsion des deux grands hommes s'était organisé au sein du Conseil d'Etat un véritable laboratoire de législation; ce qui restait à faire sous Louis XIV fut entrepris sous le règne de Louis XV par d'Aguesseau.

Stimulé par le succès des réformes de Colbert et le prestige des grandes ordonnances de Louis XIV, le chancelier porta tous ses efforts sur les parties de la législation qui n'avaient pas été codifiées sous le règne précédent. Mais devant les difficultés et les résistances qui entraînerait la publication d'un Code complet du droit civil, d'Aguesseau ne suivit pas la méthode de son prédécesseur : il préféra promulguer une série d'ordonnances distinctes dans les principales parties du droit civil.

D'Aguesseau lui-même entrevoyait la difficulté de son entreprise : « On ne parviendra jamais à donner une loi uniforme tout d'un coup et sur toutes les matières... je me réduirai donc à des ordonnances détachées que je voudrais qui fussent l'ouvrage d'un profond génie ». Aussi le chancelier, à l'instar de Colbert, confia-t-il ce soin au Conseil d'Etat.

M. Francis MONNIER, dans son *Mémoire sur les ordonnances de d'Aguesseau*, nous indique les principaux collaborateurs du chancelier : « Joly de Fleury voulait essayer de reconquérir sa réputation qui avait bien baissé au moment où il avait essayé contre Louis XIV de repousser le bulle Unigenitus. Les deux fils du chancelier, conseillers d'Etat, qui, s'ils n'étaient pas doués d'une grande imagination, avaient une instruction variée et profonde, un jugement droit

et solide et une application soutenue, qualités peut être plus utiles dans un semblable travail que l'originalité de la pensée, Henry François de Paule d'Ormesson, frère cadet de la Chancelière, noble et loyal caractère; Marc-Pierre Le Voyer, comte d'Argenson, également conseiller d'Etat, coopéra à la rédaction des principales ordonnances (*Œuvres de d'Aguesseau*, PARDESSUS, T. XII, p. 290). Celui que d'Aguesseau avait nommé Président du Conseil des réformes était Machault d'Arnouville, conseiller d'Etat en 1718 ».

Tous les membres du Conseil d'Etat semblaient ainsi participer à l'œuvre législative.

Les rapports étaient souvent l'œuvre de maîtres des requêtes, ainsi qu'en témoigne une lettre de d'Aguesseau à Machault d'Arnouville : « J'ai choisi, pour en faire le rapport, deux maîtres des requêtes, dont l'un doit être de votre goût et l'autre n'y sera pas contraire; le premier est Monsieur votre fils et le second est le mien; ils ont partagé l'ouvrage entre eux, et comme ils ont vu toute la matière qui a été remise entre mes mains sur la matière présente, ils sont en état d'en faire le rapport aussitôt que vous voudrez donner un jour pour les entendre. » (*Œuvres d'Aguesseau*, T. XII, p. 250).

La matière des donations fit l'objet de l'ordonnance de février 1731; cette première matière judicieusement choisie présentait une certaine similitude en droit coutumier et en droit romain; il était plus aisé de codifier des textes qui n'étaient pas contradictoires.

L'ordonnance d'août 1735 traitant des testaments montre au contraire le heurt des idées coutumières et du droit romain; la divergence était souvent complète entre les théories admises par les deux droits en vigueur.

Les substitutions étaient codifiées dans la troisième ordonnance qui complète l'œuvre de d'Aguesseau, celle de 1737.

L'ordonnance de Moulins avait déjà effleuré le sujet en limitant à deux degrés les libéralités généralisées au XVI^e siècle dans les familles nobles pour assurer la conservation de leurs biens.

Ces trois ordonnances forment l'ensemble de l'œuvre législative attribuée à d'Aguesseau dans le domaine du droit civil.

Notons cependant deux textes mûrement préparés par les collaborateurs du chancelier, presque achevés, tout aussi complets que les ordonnances précédentes, mais sur lesquels le roi n'apposa pas sa signature : il s'agit de deux projets d'ordonnance, l'un sur les

capacités et incapacités de donner ou de recevoir, et l'autre sur la réforme des tribunaux. La première, fruit de six années d'études, fut discutée dans le Conseil supérieur, mais elle ne fut pas promulguée davantage que la seconde qui était l'ordonnance de prédilection du chancelier.

« Toutes ces lois, dit François MONNIER, s'adressent à l'homme dans les moments les plus intéressants de son existence sociale : la naissance, le mariage et à cet instant solennel où l'âme recueille ses forces pour dicter ses dernières volontés avant le départ sans retour. Remplir un tel cadre, ce devait être l'œuvre d'un tel législateur ».

On peut ajouter que l'initiative et l'élaboration d'une si belle tâche revenaient au chancelier et à ses collaborateurs désintéressés, au Conseil d'Etat tout entier.

*
* *

On saurait trouver également les traces du concours du Conseil d'Etat dans la législation de Louis XVI. Tous les textes ont été élaborés par le Conseil; le roi n'imposa jamais une mesure importante sans délibération de ses conseillers. Nous avons relaté en effet l'effort de Louis XVI pour renforcer l'autorité de son Conseil, soutien indispensable d'une monarchie branlante; une des dernières gloires du Conseil d'Etat de la Royauté fut son œuvre législative.

CONCLUSION SUR LE CONSEIL D'ETAT DE L'ANCIEN REGIME

Le principe germanique du concours de la Nation aux actes politiques, cette vieille prétention qui court dans l'esprit des plus sages bourgeois, comme l'appelle Etienne PASQUIER, avait dominé sous les Mérovingiens et sous les Carolingiens; c'était une conséquence de la conquête des Francs et des idées libérales du christianisme.

Il se transforma sous les Capétiens, mais demeure encore vigoureux tant que la féodalité conserve à la France son aspect de territoire morcelé entre de puissants seigneurs terriens, presque seuls maîtres des sujets et des terres qu'ils occupent, rappelant le chef germain entouré de ses hordes sur lesquelles il possédait un droit absolu.

Au déclin de la féodalité, la royauté, qui cherchait à faire l'unité de la France, dut opposer au principe germanique la thèse du droit romain sur le pouvoir absolu du prince; c'est à cette époque qu'apparut le rôle primordial du Conseil du Roi et des légistes, véritables collaborateurs de la royauté.

Mais la royauté avait à peine conféré à son Conseil un caractère légal et puisé dans la thèse romaine une doctrine autoritaire, que la tradition germanique réapparut sous la forme des prétentions des Etats Généraux, dont l'influence se fortifia dans les moments de crise. L'élément germanique, quoique comprimé, n'est pas mort; il triomphe avec Etienne Marcel au milieu du ^{xiv}^e siècle; au ^{xv}^e siècle il trouve un refuge dans les assemblées des notables. Au ^{xvi}^e siècle, il suscite la résistance des Parlements judiciaires, provoque la Fronde. Il est enfin le levier le plus puissant de la Révolution de 1789, qui devait se faire le champion de la lutte engagée depuis des siècles entre les deux principes issus de deux compréhensions distinctes du pouvoir.

Le concours du peuple aux destinées de l'Etat semblait bien loin de triompher au moment où Louis XIV faisait respecter le principe : « si veut le roi, si veut la loi », et apposait sur tous les actes qu'il scellait « car tel est notre bon plaisir ». Malheureusement le

sceptre si lourd du roi soleil devait tomber entre des mains débiles. Louis XV fit le jeu des adversaires de la royauté. Cette faiblesse devait redoubler l'intransigeance des Parlements. Elle amenait insensiblement la Nation elle-même à faire valoir, dans les cahiers des Etats Généraux, des revendications qui devaient amener Louis XVI à capituler devant les représentants de la Nation. L'absolutisme royal paraissait maintenant sans objet à la France, impatiente de recouvrer ses droits.

Le Conseil du Roi avait été la cheville ouvrière du régime ; héritier présumé des grandes assemblées populaires, né de la tradition germanique, il devait semble-t-il remplir le rôle de pondérateur et servir de contrôle auprès du pouvoir royal pour limiter celui-ci et empêcher le despotisme. Il fut au contraire appelé, au nom des concepts de droit romain, à dégager l'autorité du prince, à renforcer la souveraineté de ce dernier, à élever le pouvoir royal au dessus de l'autorité illégalement acquise par les Etats Généraux et les Parlements.

SECTION I

NATURE JURIDIQUE DES POUVOIRS DU CONSEIL DU ROI

Tirant son origine à la fois des principes romains et de la tradition germanique, le Conseil du Roi devait-il bénéficier d'attributions propres ou seulement déléguées ?

S'il avait joui d'une autorité propre, le Conseil eût pu facilement se faire le champion de la lutte entre l'autorité royale et les aspirations du peuple au pouvoir. Au contraire, la monarchie ne confia jamais d'attributions propres au Conseil : ce dernier n'agissait qu'au nom du Roi ; le souverain était censé avoir pris lui-même la décision que rendait l'assemblée des conseillers de la couronne.

La cause de l'union intime entre l'autorité royale et son Conseil résidait seulement dans le rôle que fut appelé à jouer le Conseil du Roi pendant toute l'histoire monarchique. Ce rôle fut celui de « conseiller » du pouvoir royal. La puissance publique dont on n'avait encore discriminé aucun des éléments renfermait alors toutes les

notions qui se rattachent aujourd'hui aux pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

Il est certain que le Conseil du Roi avait participé aux trois fonctions de l'Etat : il avait eu en effet des attributions législatives, des fonctions administratives et même un rôle juridictionnel.

L'ancien Conseil du Roi a toujours bénéficié des attributions les plus vastes, mais les plus confuses. Philippe le Bel avait tenté de réduire la compétence du Conseil et après lui divers essais de spécialisation avaient été projetés par ses successeurs.

Mais tandis que l'institution était insensiblement déchargée de l'administration active qui fut confiée successivement à des intendants, des sous-secrétaires d'Etat, des Ministres, elle conservait toujours la connaissance des matières législatives et juridictionnelles.

Bien que l'objet de notre étude ne porte que sur les attributions législatives du Conseil, nous avons cependant noté le Grand Conseil créé sous Charles VII par l'ordonnance du 2 août 1497 et organisé par l'ordonnance du 13 juillet 1498, rendue sous Louis XII, eut pour raison d'être de faire rentrer au sein du Conseil les attributions judiciaires que Philippe le Bel avait déléguées au Parlement. Tandis que Louis XIII dans l'édit de Saint-Germain rappelait la compétence du Conseil en matière d'évocation des affaires juridictionnelles, Louis XIV et Louis XV devaient laisser le Conseil évoquer à lui les importantes questions soumises aux Cours souveraines et exercer de ce fait un véritable contrôle sur le Parlement.

Un principe cependant dominait le rôle du Conseil, c'est que ce dernier était censé agir au nom du roi : le Conseil fut pour la royauté un conseiller, un donneur d'avis jouissant de la même compétence que le prince lui-même, mais n'ayant aucun pouvoir propre en droit.

SECTION II

LE RÔLE LÉGISLATIF DU CONSEIL, PARCELLE DE LA COMPÉTENCE GÉNÉRALE DE CELUI-CI

Parmi les actes royaux antérieurs à 1789, les uns étaient rendus dans l'exercice de l'autorité législative ou réglementaire, les autres étaient soit des actes d'administration touchant un groupe d'individus ou des individus isolés, soit des jugements qui tranchaient des contestations de l'ordre administratif ou judiciaire. C'est surtout sous le nom d'ordonnance, d'édits ou de déclarations qu'on rencontre des actes généraux et sous celui de lettres patentes, d'arrêts du Conseil qu'on trouve les actes d'intérêt local et individuel. Mais il ne manque pas d'arrêts du Conseil qui ont modifié, interprété et complété des actes législatifs; et beaucoup de lettres patentes ont notifié au Parlement des arrêts de Conseil dont l'exécution rentrait dans leurs attributions.

Nous avons donc à étudier surtout une question de fait, à nous rendre compte des documents qui renferment les actes royaux et à apprécier dans quelles conditions en a été fait le triage, que beaucoup d'auteurs ont considéré comme nécessaire, mais difficile à déterminer. Il ne semble pas à M. PERROT (1), que, pendant assez longtemps, on ait distingué encore les diverses espèces d'actes par lesquels s'exprimait la volonté royale, ni qu'on ait réservé une dénomination particulière à chacune d'elle. Aucoc avoue lui-même : « Il n'est pas facile d'évaluer le nombre des arrêts du Conseil qui n'ont pas le caractère de jugements ou d'actes de simple gestion administrative ». Et il ajoute : « D'après l'inventaire des Archives Nationales, par l'étude seule de l'inventaire des Archives, il est facile d'apercevoir qu'il y a là tout autre chose qu'une collection des lois et des règlements, qu'on y a joint une multitude de pièces officielles qui ne sont que des actes d'administration ou même des collections de décisions judiciaires ou même des mémoires rédigés avant ou après des actes de gouvernement ».

Nous entrevoyons alors la difficulté de poser un principe géné-

(1) « Histoire du Droit français public et privé », 1932, p. 329.

ral en pareille matière. Beaucoup d'auteurs et non des moins illustres, ont reconnu l'impossibilité de discriminer dans les actes royaux les textes législatifs de ceux qui n'envisageaient qu'une mesure d'administration ou même n'étaient qu'une décision de justice. Il paraît certain que, sous le nom d'ordonnance ou celui d'édit, nous ne rencontrons que des mesures législatives. Faut-il croire que les déclarations et les lettres patentes n'ont renfermé que des textes de loi posant des règles générales pour une généralité d'individus ? Nous ne le pensons pas. Mais il nous faudra parfois chercher dans des arrêts du Conseil des textes qui ont tous les caractères d'une loi générale imposée à tous et réglementant l'avenir. « Toute décision administrative émanée du roi ou de son Conseil, soit en matière contentieuse, soit en matière non contentieuse ou même réglementaire, s'appelait indistinctement arrêt du Conseil », explique DARESTE (*Etude sur le Contentieux administratif*, p. 65). La formule la plus usitée était la suivante : « Le roi en son Conseil... a ordonné et ordonne, etc. » Or, les textes par lesquels le roi exerçait l'autorité législative dont il était seul dépositaire ne différaient parfois des actes administratifs que par le nom ou la formule. Ces derniers s'appelaient arrêts du Conseils, ceux-là étaient en général désignés sous le nom d'ordonnance, édit, déclaration. Les uns et les autres étaient délibérés en Conseil et, avoue l'auteur, pouvaient être rapportés dans la même forme.

Tout au plus pouvons-nous donc nous laisser guider par une règle de bon sens pour rechercher le caractère législatif des actes de l'ancien régime. Quand les actes généraux de législation sont rares, c'est dans les actes d'intérêt local et privé, diplômes, chartes, formules, qu'il faut surtout chercher les traces des règles générales de droit mises en pratique. Quand les monuments de la législation générale sont nombreux, il est moins utile de consulter les actes d'intérêt local et d'intérêt privé.

Et cependant, lorsque les pouvoirs publics sont constitués comme ils l'étaient en France avant 1789, lorsque l'autorité qui fait la loi et qui statue sur les affaires d'intérêt privé est la même, il arrive fréquemment que sont posées dans les actes d'intérêt local ou même privé, des règles nouvelles dérogeant à la règle générale qui, par leur répétition, forment une loi nouvelle.

Cherchant à faire la lumière, GLASSON (*Répertoire du Droit*,

T. VIII, p. 162), a voulu distinguer quatre périodes dans l'œuvre législative de la royauté :

L'auteur admet que pendant la première période qu'il laisserait courir jusqu'au XIII^e siècle, le roi n'usa presque pas de son droit de faire les lois, la plus ancienne ordonnance qui nous est parvenue ne remontant qu'à 1155, sous Louis VII.

Philippe Auguste, Saint Louis, Philippe de Valois, Charles V, Charles VI, auraient signé des ordonnances assez nombreuses sous la deuxième phase de l'histoire de la législation. Mais les textes législatifs ne révèlent aucun plan, aucune politique générale, si ce n'est à l'égard de l'administration de la justice.

Il faut attendre la fin de la guerre de Cent Ans pour voir se multiplier l'œuvre législative de nos rois : les ordonnances du XVI^e siècle font honneur au souverain qui les promulgua, mais surtout au chancelier qui eut l'initiative des réformes et au Conseil du Roi qui fit le travail de préparation.

Si le milieu du XVII^e siècle ne connut pas d'ordonnances dignes d'attirer notre attention, l'année 1667 révèle le premier code dû au labeur des chanceliers et des membres du Conseil; il fut le point de départ d'une nouvelle série de textes législatifs.

S'il nous faut tenter de présenter une classification des nombreux actes royaux, contentons-nous avec GLASSON de distinguer quatre sortes de textes législatifs.

Les actes législatifs de la monarchie, d'après l'auteur (T. VIII, p. 154), qui les reconnaît comme une des principales sources du Droit, peuvent être rangés en quatre catégories :

Les ordonnances proprement dites portent sur un ensemble de matières très diverses et d'une étendue considérable : elles étaient souvent rendues sur les vœux des Etats Généraux et n'émanaient que rarement du propre mouvement du roi.

Les édits, au contraire, étaient faits par le roi de « *proprio motu* » et, à la différence des ordonnances, ne portaient que sur des objets bien déterminés, une matière limitée; l'édit est souvent connu par l'objet lui-même de la législation qu'il pose : l'édit des mères, l'édit des insinuations, des présidiaux.

Les déclarations étaient faites par le roi pour interpréter ou compléter une ordonnance, un édit, une coutume. Exemple la déclaration d'avril 1664 permettant à la femme mariée, malgré les dispositions du senatusconsulte velléien, d'engager ou d'aliéner sa dot.

Les lettres patentes qu'on pourrait définir, lois particulières rédigées en faveur de quelques privilégiés, personnes physiques ou personnes morales, concédaient souvent un établissement, une grâce, un privilège et étaient opposées aux lettres de cachet, que GLASSON ne range pas dans les actes législatifs, mais fait rentrer dans le pouvoir discrétionnaire du souverain qui, dans ces mesures, édictait un ordre ou une prohibition. M. PERROT (1), admet la même classification des « actes législatifs » de l'ancien régime dans la mesure où, après le xvi^e siècle, il peut être question d'une telle distinction servie par une terminologie rigoureuse. Mais l'éminent professeur ajoute à cette liste les arrêts du Conseil et les arrêts de règlements qu'il considère comme de véritables textes législatifs.

L'origine du Conseil d'Etat se perd donc dans l'obscurité qui entoure le berceau de la monarchie. L'Histoire, d'accord avec la raison, autorise à croire qu'il est né de l'impossibilité où étaient les rois de suffire seuls, par eux-mêmes à l'exercice d'une autorité qui embrassait le pouvoir de dicter les lois et celui de les faire exécuter. Ce n'est que vers le début du xiv^e siècle que le Conseil du Roi apparaît avec une existence déterminée.

Mais de tous temps le Conseil du Roi collabora avec la Royauté à l'établissement d'une législation solide, à la formation et au développement de l'unité française dont nous avons parcouru les différentes phases.

Rome antique commence par l'étroite unité de la Cité Romaine et meurt après douze cents ans par le démembrement de l'Empire et la division des races. La France, au contraire, naît au milieu de la division des races, des territoires et des principes et recompose peu à peu l'unité sociale dont l'Empire romain avait offert la majesté plus apparente que réelle.

(1) Op. cit. p. 329.

Deuxième Partie

**L'origine proche du Conseil d'Etat :
l'institution napoléonienne**

L'orientation de l'organisme après la chute de l'Empire

Introduction

M. DE TOCQUEVILLE, dans son ouvrage sur l'ancien régime et la Révolution, donnait au Conseil du Roi l'autorité suivante : « Il possède la puissance législative sous le bon plaisir du Roi, discute les lois et répartit l'impôt. Tout finit par aboutir à lui et de lui part le mouvement qui se communique à tout. Il fait tout, et il n'est composé que de simples donneurs d'avis ».

Nous avons tenté de montrer, dans notre première partie, le rôle du Conseil du Roi dans l'évolution de la législation de l'ancien régime. Notre principal effort se borna à faire apparaître ce caractère essentiel du Conseil du Roi : celui de « donneur d'avis en toutes matières » au profit d'un souverain qui détenait en sa main tous les pouvoirs confondus que lui avait conférés l'ancien prestige du chef germain ; le Roi, comme le chef de bande, fut toujours l'unique source de toute autorité ; en tant que tel, il fut appelé à légiférer. Le but de notre étude fut seulement d'indiquer la participation du Conseil du Roi à l'exercice du pouvoir législatif. Tout d'abord écran derrière lequel la personnalité du Roi s'effaçait, le Conseil du Roi devint vite pour le monarque un instrument de travail dont l'importance grandissait sans cesse jusqu'à devenir le dernier retranchement de la royauté affaiblie.

SECTION I

LE MOUVEMENT RÉVOLUTIONNAIRE, EN ANÉANTISSANT LA ROYAUTÉ,
SUPPRIME LE CONSEIL D'ÉTAT

La Révolution fit tomber la conception d'un royaume de France propriété du Roi et lui substitua celle de la souveraineté nationale.

c'est-à-dire l'image d'une nation française propriétaire de ses institutions gouvernementales et dont les gouvernants ne sont plus que les représentants.

Aussi l'Assemblée Constituante ne tarda-t-elle pas à désarmer le pouvoir royal. Le Conseil privé du Roi fut remplacé par le Tribunal de Cassation dans l'art. 30 de la loi du 27 novembre 1790 ; la loi du 27 avril-25 mai 1791, art. 13, érigeait, d'autre part, le Conseil des Ministres en Conseil d'Etat et supprimait, purement et simplement, conseillers d'Etat et maître des requêtes.

Livrée à elle-même, privée de son principal soutien, la royauté devait peu à peu périr, comme se flétrit une plante trop fragile qui soit se soutenir seule sans tuteur au milieu de la tempête.

Deux courants d'idées et de force politique devaient être en lutte de 1789 à nos jours, tous deux amalgamés de pouvoir majoritaire et de pouvoir minoritaire, mais l'un d'eux fait prédominer le pouvoir législatif et l'autre le pouvoir exécutif ; ce sont : le courant spécialement révolutionnaire du Gouvernement par les assemblées représentatives et le courant directorial, consulaire, impérial, présidentiel avec préoccupation de renforcer le pouvoir exécutif légué par l'ancienne monarchie, tout en l'appuyant sur le peuple par le moyen du plébiscite.

La Constitution du 3 septembre 1791 renverse l'ordre des séances en plaçant le corps législatif avant le Roi, organe traditionnel du pouvoir exécutif. Le symbole de la Révolution réside dans la foi mystique en la suprématie de la loi qui réduit l'exécutif à n'être plus que le pouvoir qui exécute les textes législatifs.

L'Assemblée Nationale possède l'initiative des lois ; elle les rédige. Elle exerçait ainsi une attribution de la puissance publique dont on devait maintenant mesurer l'importance. Les rôles étaient renversés : le veto suprême dont jouissait le Roi ressemblait fort au droit de remontrance dont les parlements surent user souvent pour refuser l'enregistrement des ordonnances. Ces deux prérogatives dénotaient la même faiblesse : on passait outre le veto de même que le souverain usait de son pouvoir pour faire enregistrer en sa présence, dans un lit de justice, le texte *in-extenso* des ordonnances. Le pouvoir législatif tout entier était tombé entre les mains de l'Assemblée Nationale qui légifère, rend des décrets et interprète la loi (cf. décret des 7-12 juin 1791 interprétatif de la loi des 28 octobre-15 novembre 1790, dans DUVERGIER, 1791, p. 7).

Le subterfuge qui fait participer le Roi à l'exercice du pouvoir

législatif est le droit de veto suspensif par l'effet duquel un décret de l'Assemblée, non signé par le Roi, n'aura force de loi qu'après trois législatures successives ; encore les articles 7 et 8 énumèrent-ils des matières importantes pour lesquelles la sanction royale n'est pas nécessaire, notamment les lois sur l'établissement et la perception des contributions publiques.

L'Assemblée législative continue l'abaissement du pouvoir royal. La Convention pousse la réaction aux limites les plus extrêmes. La Constitution de l'An III va jusqu'à défendre la réunion des ministres. La Révolution montre à quels égarements tyranniques peut se laisser entraîner une Assemblée politique toute puissante ; la dictature d'un pouvoir législatif fait même apparaître quelque chose de plus effrayant que n'importe quelle tyrannie exécutive : les mesures générales portent, en effet, plus loin dans l'oppression que des mesures particulières : il n'y a que la dictature législative qui ait mérité le nom de la Terreur. Cette triste époque justifie l'appréciation sévère portée par l'anglais BURKE :

« Privée de son ancien Gouvernement ou plutôt de tout gouvernement, il semblait que la France fut davantage l'objet d'insulte et de pitié, que de devoir être le fléau et la terreur du genre humain. Du tombeau de cette monarchie assassinée est sorti un être informe, immense, plus terrible qu'aucun de ceux qui ont accablé et subjugué l'imagination des hommes ; cet être hideux et étrange marche droit à son but sans être effrayé du péril ou arrêté par les remords. »

La Révolution n'avait cependant pas tendu, malgré les apparences, à perpétuer le désordre et à installer l'anarchie ; elle a joué un rôle social et politique : « Elle voulut accroître la puissance et les droits de l'autorité publique en se fondant sur les lois fondamentales qui régissent les sociétés : la liberté, l'égalité, la souveraineté du peuple, la discrimination de divers éléments de la puissance publique, telles furent les principes qui devaient servir de fondement la nouvelle organisation ; la séparation des, tel fut le moyen pour réaliser la conception neuve de l'exercice de la puissance publique ».

Nous laisserons au droit constitutionnel le soin de juger si le régime de liberté est meilleur qu'un gouvernement autoritaire, de dire pour quelles raisons l'égalité de tous les citoyens devant la loi fut un progrès et devint une nécessité sociale.

SECTION II

LA LICENCE DES ASSEMBLÉES CÈDE LE PAS A L'AUTORITÉ D'UNE OLIGARCHIE LE CONSEIL D'ÉTAT RENAÎT AVEC LA PRÉPONDÉRANCE DU POUVOIR EXÉCUTIF

Instinctivement, après la tourmente, la France revient vers la forme de gouvernement monarchique. L'oligarchie du Directoire marque le premier pas vers ce retour. Mais la Constitution de l'An III avait fait trop petite la part du pouvoir exécutif auquel elle ne rendit pas l'assistance d'un Conseil d'Etat. Aussi le Gouvernement du Directoire fonctionna dans de mauvaises conditions au milieu du désordre, de la licence des mœurs, des agitations politiques et des coups de force : ce fut une période de transition : on liquidait la Révolution jacobine.

Le 18 brumaire An VIII, Bonaparte, avec la complicité de beaucoup de gens en place, renverse le Gouvernement et organise un Consulat provisoire qui, pour ne durer que quarante-trois jours, a cependant le temps d'élaborer la Constitution du 22 frimaire An VIII, établie et mise en train avant même d'avoir été approuvée par le peuple. Le but de la Constitution du 22 frimaire An VIII fut de relever l'autorité du chef de l'Etat et de réfréner la licence des assemblées : l'initiative des lois fut alors retirée au corps législatif, « corps de muets » qui écoute silencieusement les rapports présentés devant lui et qu'il accepte ou rejette sans amendement ; le Sénat ne contrôle les lois qu'au point de vue de leur constitutionnalité.

Toutes les attributions législatives soustraites à la représentation nationale furent confiées au Conseil d'Etat réorganisé par le Consulat et chargé d'élaborer les lois, d'en défendre les projets devant le corps législatif, de les compléter par des règlements et de les interpréter par des avis.

En restaurant le Conseil d'Etat, la Constitution de l'An VIII rendit au Gouvernement un auxiliaire indispensable.

Sous l'impulsion puissante de l'Empereur Napoléon I^{er}, qui voulait reviser toute la législation, réorganiser les services publics, remettre de l'ordre dans l'administration des départements et des

communes, le Conseil d'Etat renaît de ses cendres et bénéficie de l'autorité qu'acquiert sans cesse le Premier Consul et l'Empereur. Faire la loi, en donner l'interprétation, diriger la marche des services publics par les règlements d'administration publique, tout contrôler par l'examen de nombreuses affaires et la connaissance du haut contentieux administratif : telle fut la tâche du Conseil d'Etat renaissant.

Le Conseil d'Etat ainsi restauré eut pour but de renforcer la position de l'autorité exécutive ; M. DE CORMENIN jugeait ainsi l'institution rétablie : « Le Conseil d'Etat est le siège du Gouvernement, la seule parole de la France, le flambeau des lois et l'âme de l'Empereur ».

THIERS attribuait à Sieyès l'institution du Conseil d'Etat (*Histoire du Consulat et de l'Empire*). Bien que la Révolution ait posé entre eux le principe de la séparation des pouvoirs, on ne saurait cependant nier le lien qui rattache le Conseil d'Etat napoléonien à l'ancien Conseil du Roi.

Aussi PARDESSUS (*Moniteur Universel*, séance de la Chambre du 4 juillet 1828) nous met-il en présence d'une résurrection de l'ancienne institution plutôt qu'une création du régime consulaire : « Le Conseil d'Etat, dit-il, ne doit sa création ni à l'Empire ni à la République, son existence remonte aux temps les plus anciens de la monarchie ».

Il reste cependant au Premier Consul le génie d'avoir cimenté les matériaux éparés ramassés dans les débris de l'ancien régime et de la Révolution, d'avoir donné à l'institution des attributions plus compatibles avec le véritable caractère de celle-ci et un essor intimement lié à la gloire grandissante de l'Empereur.

L'organisation plus énergique du Conseil d'Etat avait reçu l'empreinte de la griffe du lion.

Quelle fut cette empreinte ?

Quel sort réserva-t-on à l'œuvre de Napoléon dans les différents régimes qui succédèrent à l'Empire ?

Tels sont les deux points que nous nous proposons d'étudier.

Titre I

LE CONSEIL D'ETAT SOUS LE RÉGIME NAPOLEONIEN

Chapitre I

LES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES DU CONSEIL D'ETAT SOUS LE CONSULAT ET L'EMPIRE

SECTION I

■

SOUS LE CONSULAT

Sous le régime de l'An VIII, le Conseil d'Etat renaît avec tout le prestige qu'il avait jadis connu sous la royauté. « il possède indiscutablement la qualification d'autorité constitutionnelle et occupe dans l'Etat une place de tout premier rang » (1).

THIBAudeau, dans ses *Mémoires*, estime que le Conseil d'Etat est alors « la première des autorités nationales et pour ainsi dire à la fois le conseil, la maison, la famille du Premier Consul ».

Le texte constitutionnel qui rendit au Conseil d'Etat une partie

(1) Barthélémy et Duez « Droit Constitutionnel », 1926, p. 566.

de ses anciennes attributions est l'art. 52 de la Constitution du 22 frimaire An VIII qui précise le rôle de l'institution renaissante :

« Sous la direction des Consuls, un Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. »

« Ainsi, s'exprime LAFERRIÈRE (1), le nouveau Conseil d'Etat était associé à la puissance législative pour les lois de toute nature ; dans les conditions nouvelles apportées à l'exercice du pouvoir législatif et exécutif, il réunissait toutes les attributions de l'ancien Conseil du Roi sauf celles détachées pour former la Cour de Cassation. »

Les articles 66, 67 et 68 du sénatusconsulte organique de la Constitution du 16 thermidor An X précisaient que les conseillers d'Etat n'excéderaient jamais le nombre de cinquante, que l'institution se divisait en sections et que les ministres y avaient rang, séance et voix délibérative.

Les circonstances aideront à augmenter les fonctions législatives du Conseil d'Etat : le 28 août 1807, le Tribunat est supprimé ; le corps législatif ne siège que quarante jours pendant l'année 1811 et, en 1812, il n'est même pas réuni.

Cependant le seul article 52, placé dans le titre IV de la Constitution de l'An VIII ne s'occupe du Conseil d'Etat que pour ne reconnaître à celui-ci qu'une faible partie de ses anciennes prérogatives. Aussi le principe posé dans l'acte constitutionnel fut-il commenté et complété par un arrêté des consuls du 5 nivôse suivant, dont l'article 11 est ainsi conçu : « Le Conseil d'Etat développe le sens des lois sur le renvoi qui lui est fait par les consuls des questions qui lui ont été présentées. Il prononce d'après un semblable renvoi : 1° sur les conflits qui peuvent s'élever entre l'administration et les tribunaux ; 2° sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres ».

Le Conseil d'Etat devait alors jouir de toutes les attributions législatives dont le Conseil du Roi avait été doté ; mais le dernier paragraphe de l'art. 11 de l'arrêté du nivôse An VIII faisait naître au profit de l'institution les anciennes prérogatives dont avait bénéficié le Grand Conseil de la monarchie en matière contentieuse.

Nous laisserons à M. DALLOZ, député du Jura en 1840, le soin

(1) Op. cit, p. 157.

d'interpréter, sur ce sujet, l'esprit du législateur pour préciser le sens et la portée du dernier paragraphe de l'art. 11 ci-dessus rapporté. Il nous paraît *a priori* que le Conseil d'Etat, dès l'An VIII, se faisait le juge de droit commun en matière administrative et que, dès alors, lui était reconnue, au moins implicitement, une des fonctions qui deviendra, au *xx*^e siècle, la seule raison d'être de l'institution. Dans un rapport présenté à la séance du 10 juin 1840, au nom de la commission chargée de l'examen du projet de loi présenté sur la réorganisation du Conseil d'Etat, M. DALLOZ à l'autorité duquel s'ajoute celle de M. DUFOUR (1) qui cite celui-ci, se fait ainsi juge de l'esprit des auteurs du texte : « Les termes de l'arrêté du 5 nivôse et ceux même de l'art. 52 de la Constitution de l'An VIII ont pu faire supposer que le Conseil d'Etat, comme les conseils de préfecture institués par loi du 28 pluviôse de la même année, avait été investi d'une juridiction propre pour le jugement des affaires contentieuses, mais ce serait une erreur que de le croire ; ni le Consulat, ni l'Empire n'ont jamais admis cette idée. Les délibérations du Conseil d'Etat, quel qu'en fut l'objet, n'étaient jamais que de simples avis ; ils n'acquéraient le caractère de décision que par la signature du chef de l'Etat qui les sanctionnait directement sous le seul contreseing d'un secrétaire d'Etat, mais sans l'intervention et, par conséquent, sans la responsabilité de ses ministres ».

Si donc quelques auteurs, soucieux de trouver une explication historique aux fonctions contentieuses du Conseil d'Etat, s'appuient sur les textes législatifs du Consulat, ni les faits, ni le rôle de l'institution ne leur donneront raison. Bien qu'il prit, en effet, une part intime et continue à tous les actes du gouvernement de l'Empire, bien qu'en fait placé au-dessus des ministres dont il paraissait davantage le juge que le conseiller, bien qu'il fut considéré comme l'âme de l'administration, le Conseil d'Etat fut toujours privé de tout pouvoir propre et jamais ne lui fut reconnu, sous le Consulat et l'Empire, un droit propre de juridiction.

Des délibérations des conseillers d'Etat ne sortaient que des avis : dans le domaine exécutif et administratif, elles n'acquéraient le caractère de décisions qu'après la signature du chef de l'Etat ; dans le domaine législatif, les projets de lois conçus par l'assemblée du Conseil d'Etat n'emportaient force exécutoire qu'après la commu-

(1) DUFOUR. Traité général de Droit administratif appliqué, Paris, Delamotte, 1843.

nication et la discussion au Tribunal, le vote du Corps législatif et la sanction du Gouvernement.

Au milieu des multiples fonctions du Conseil, quelles sont les attributions législatives qui seules nous occupent octroyées à l'organisme sous le Consulat ?

Le Gouvernement consulaire ayant seul l'initiative en matière législative, rien ne se faisait dans les Chambres sans avoir été préalablement délibéré en Conseil d'Etat, confident du Gouvernement. Si la liberté des représentants du peuple se trouvait fort amoindrie, du moins le Tribunal et le Corps législatif ne se trouvaient-ils saisis que de projets bien étudiés. L'élaboration des lois, la rédaction des textes étaient les deux premières attributions législatives du Conseil.

Mais le Conseil d'Etat, par le détour de l'interprétation des lois à lui confié, était encore investi d'une attribution législative essentielle : Sur le renvoi des consuls, le Conseil développait le sens des lois et ses avis, insérés au *Bulletin Officiel*, acquéraient force de lois s'ils n'étaient pas attaqués pour inconstitutionnalité dans les dix jours de l'insertion à la feuille officielle.

§ 1. — *Le Conseil prépare la loi*

L'article 52 de la Constitution et l'article 11 du Décret de nivôse an VIII, ont posé, nous l'avons vu, les principes généraux des fonctions législatives de notre institution. Rassemblons les dispositions éparses des textes pour montrer dans l'organisation consulaire tout le rôle législatif du Conseil d'Etat.

La proposition de loi ou de règlement d'administration publique, provoquée par les Ministres, chacun dans leur département, est d'abord soumise à la critique des consuls qui, s'ils agréent, renvoient le projet à la section compétente du Conseil d'Etat pour être rédigé par les soins de cet organisme.

Le travail de rédaction achevé, le président de la section intéressée se transporte auprès des consuls pour les en informer et le premier Consul convoque l'Assemblée générale du Conseil d'Etat.

Le projet est alors discuté sur le rapport de la section qui l'a rédigé et le Conseil d'Etat transmet son avis motivé aux Consuls.

Tandis que le règlement est définitivement arrêté par les Consuls si la rédaction à l'agrément de ceux-ci, le projet de loi est, le cas

échéant, proposé au Corps législatif. D'après l'article 53 de la Constitution c'est parmi les membres du Conseil d'Etat que sont toujours pris les orateurs chargés de porter la parole au nom du gouvernement devant le corps législatif.

Ces dispositions font apparaître la double fonction du Conseil d'Etat : conseil du Gouvernement pour certains actes exécutifs, les règlements; Conseil législatif, au regard des projets de lois qui vont affronter le vote du Corps législatif après avoir été défendus devant ce dernier Corps par des orateurs du Conseil d'Etat appelés à développer les motifs de la proposition gouvernementale. (Art. 28 et 34 Constit. de l'an VIII.)

§ 2. — *Le Conseil donne son avis et rédige les règlements d'administration publique*

Nous venons d'entrevoir les fonctions du Conseil dans la rédaction des règlements et de remarquer que la procédure est celle envisagée pour les projets de loi, sauf l'immixtion du pouvoir législatif qui ne saurait intervenir dans la confection d'un acte qui relève en fait de l'autorité exécutive. Nous nous réservons cependant la faculté de revenir sur la nature juridique du règlement d'administration publique et du règlement général; ceux-ci, à notre avis, présentent le même caractère de généralité et la même force obligatoire qu'on se plaît à reconnaître aux textes de lois, aussi nous faut-il souligner dès maintenant le rôle du Conseil d'Etat dans l'élaboration de ces règlements. Il se résume en deux fonctions : discussion, rédaction, sous la responsabilité des Consuls selon les termes de l'article 52 de la Constitution.

§ 3. — *Le Conseil interprète la loi par voie d'autorité*

Le règlement du 5 nivôse an VIII, en appelant le Conseil d'Etat à développer le « sens des lois », porte les attributions de l'organisme bien au-delà du terme marqué par la Constitution et les étend même jusqu'aux dépendances de la puissance législative; il est évident que la disposition du Décret de nivôse introduite comme le développement de l'article 52 de la Constitution conférerait à notre institution un pou-

voir qui n'était point contenu dans l'acte constitutionnel. Faut-il même prétendre que l'interprétation des lois d'une manière générale, autrement que par voie doctrinale, est l'office du seul législateur et que le Conseil d'Etat ne saurait se prévaloir de cette prérogative sans méconnaître une des maximes les mieux établies du Droit public : *cujus est condere legem ejusdem est interpretari* ?

Nous tenterons de trancher ce problème en posant plus loin les bases d'une réorganisation du Conseil d'Etat. Notons seulement ici que le Conseil d'Etat de Napoléon fut souvent appelé à interpréter la loi et que cette fonction lui fut octroyée par une disposition qui, faute d'avoir été annulée pour cause d'inconstitutionnalité par le Sénat conservateur, obtint tous ses effets. Elle forme la base, d'ailleurs vraiment solide, de la Jurisprudence qui reconnaît force de loi aux avis du Conseil revêtus de l'approbation du Chef de l'Etat, et dont certains interprétaient la législation.

Cette prérogative exceptionnelle, imposée par le prestige et l'autorité de Napoléon, était contenue déjà dans l'esprit des instigateurs de l'acte constitutionnel. Nous ne pouvons douter que la valeur morale et la science des Membres du Conseil d'Etat déterminèrent gouvernants et gouvernés à laisser à celui-ci une attribution qu'il exerçait avec autant de conscience que de sagacité.

SECTION II

SOUS L'EMPIRE

La même politique fut suivie sous le Gouvernement Impérial, concernant les attributions législatives du Conseil d'Etat.

Le Sénatusconsulte organique du 28 floréal an 12 (18 mai 1804), qui fit de Napoléon un empereur, ne relate l'existence du Conseil d'Etat que pour souligner l'importance de son rôle législatif. L'article 75 porte en effet que si le Conseil délibère sur les projets de lois ou les règlements d'administration publique, les deux tiers des membres en service ordinaire doivent être présents et le nombre des conseillers ne peut être inférieur à vingt-cinq.

L'article 76 ajoute que le Conseil d'Etat se divise en six sections, savoir : section de législation, section de l'intérieur, section des

finances, section de la guerre, section de la marine et section du commerce, et il est à remarquer que la section de législation tient la première place de l'énumération comme pour mettre en évidence l'importance du rôle législatif de l'institution.

Les articles 81, 83 et 85 du Sénatusconsulte précisent l'organisation du Corps législatif dont les séances ordinaires sont composées, entre autres membres, des orateurs du Conseil d'Etat qui peuvent demander la réunion du Corps législatif en Comité général public et que le Corps législatif doit entendre avant de voter un projet de loi

Le silence contenu par ailleurs dans la Constitution Impériale ne saurait que prouver l'intention de l'Empereur de continuer sa politique antérieure, c'est-à-dire de gouverner avec l'aide de ses conseillers et de soumettre à ceux-ci tous les projets de lois et l'interprétation des textes législatifs obscurs. La volonté de l'Empereur se trouvait d'ailleurs nettement exprimé dans l'article 13 du Décret du 11 juin 1806, ainsi conçu : « Notre Conseil d'Etat continuera d'exercer les fonctions qui lui sont attribuées par les constitutions de l'Empire et par nos décrets ».

Un Sénatusconsulte du 19 août 1807, concernant l'organisation du Corps législatif, entre dans le détail de l'élaboration législative. Les articles 4 et 5 précisent le rôle du Conseil :

« En cas de discordance d'opinion entre la section du Conseil d'Etat qui aura rédigé le projet de loi et la Commission compétente du Corps législatif, l'une et l'autre se réuniront en conférences sous la présidence de l'archi-chancelier de l'Empire ou de l'archi-trésorier, suivant la nature des objets à examiner. » « Si les conseillers d'Etat et les membres de la Commission du Corps législatif sont du même avis, le président de la Commission sera entendu après que l'orateur du Conseil d'Etat aura exposé devant le Corps législatif les motifs de la loi ».

Le Décret du 11 juin 1806 organise le Conseil d'Etat et précise ses attributions en se référant aux fonctions attribuées à l'institution par les constitutions de l'Empire.

La loi du 16-25 septembre 1807 ne reconnaît-elle pas implicitement le droit d'interprétation du Conseil d'Etat ? L'article 2 précise, en effet, que cette interprétation doit être donnée dans la forme des règlements d'administration publique.

Les articles 3, 4 et 5 de la loi posent même différents cas où l'interprétation est laissée à l'initiative de la Cour de Cassation et

celui où l'interprétation est de droit confiée indirectement à l'autorité du Conseil d'Etat.

Ainsi le rôle législatif du Conseil d'Etat consulaire et impérial englobait la préparation et la rédaction de toutes les lois et règlements d'administration publique et l'interprétation des textes législatifs.

On comprend toute l'influence que fut appelée à exercer une Assemblée dotée de semblables prérogatives à l'époque de notre Histoire où l'activité légiférante se para d'un éclat particulier.

Chapitre II

LE CONCOURS DU CONSEIL D'ETAT A L'ŒUVRE LEGISLATIVE DU CONSULAT ET DE L'EMPIRE

Etroitement associé au Gouvernement de la France, consulté souvent par le Chef de l'Etat, le Conseil d'Etat avait vu croître son importance davantage par la volonté même de Bonaparte qui sut vite donner sa confiance à des hommes éminents que par la loi elle-même. Le Conseil bénéficiait de mesures prétorienne et était favorisé par une interprétation large des textes qui régissaient ses prérogatives. Son rôle ne se bornait point à être le soutien du bras exécutif; la compétence des conseillers, leur dévouement, la confiance prodiguée par Bonaparte à son Conseil furent surtout remarquables lors de la collaboration du Conseil à l'œuvre législative.

Si la réorganisation administrative de la France est due à la fois au génie et à l'activité de Napoléon, les Codes et les grandes mesures législatives du Consulat et de l'Empire sont plus directement le résultat de la science, de l'assiduité, du travail de ceux qui, jour et nuit, discutaient le Droit dans l'enceinte du Conseil d'Etat et mettaient leur point d'honneur à vider toutes les discussions juridiques qui étaient soulevées devant eux.

La tâche qui avait fait reculer Colbert devant l'importance et les difficultés d'exécution devait être reprise par le Conseil d'Etat de l'an VIII. La codification de nos grandes lois civiles, commerciales et pénales, la classification des dispositions de procédure civile et criminelle marquent autant de phases de l'œuvre immense accomplie par les membres d'une Assemblée qui peut s'enorgueillir encore aujourd'hui d'avoir édifié les bases de la législation française.

En 1804 paraissait le Code Civil; ce fut la première tentative

fructueuse de codification des nombreuses dispositions légales ou coutumières dans le domaine du droit privé; elle constitue, de nos jours encore, les principes de la matière.

Le Code de procédure civile prend naissance en 1806.

Le Code de commerce est publié l'année suivante.

En 1809 et 1810 paraissent les deux derniers grands codes qui suffiraient à immortaliser l'œuvre de Napoléon et du Conseil d'Etat : Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.

Mais les délibérations du Conseil d'Etat ne portèrent pas seulement sur les grandes codifications du Droit; chargé de l'élaboration des lois, de la rédaction des projets, le Conseil apposa son sceau sur tous les textes législatifs du Consulat et de l'Empire.

Citons au hasard des lois que les auteurs considèrent comme particulièrement empreintes du travail de l'éminente Assemblée et qui montrent la diversité des études auxquelles se sont livrés les conseillers.

- La loi du 28 Pluviose an VIII. Loi administrative par excellence;
- La loi du 18 Germinal an X, sur les cultes ;
- La loi du 19 Ventôse an XI, sur l'exercice de la médecine;
- La loi du 25 Ventôse an XI, qui est encore de nos jours la Charte du Notariat;
- La loi du 24 Germinal an XI, qui régit la Banque de France;
- La loi du 22 Ventôse an XII, relative aux Ecoles de Droit;
- La loi du 3 septembre 1807, fixe le taux de l'argent;
- La loi du 16 septembre 1807, sur la Cour des Comptes;
- La loi du 20 avril 1810, sur l'organisation de l'ordre judiciaire;
- La loi du 21 avril 1810, base de la législation sur les mines, minières et carrières.

Concevoir la loi, la rédiger après avoir discuté tous ses articles, c'était pratiquement la faire, puisque la mise au point des textes et la haute science des membres du Conseil d'Etat chargés de soutenir la teneur de ceux-ci devant le Corps législatif emportaient toujours les suffrages de ceux qui, en droit seulement, détenaient le pouvoir de légiférer. En interprétant les dispositions législatives, le Conseil devenait véritable législateur ; ses fameux avis décèlent son activité et sa science.

A peine installé, à la date du 4 nivôse an VIII, le Conseil d'Etat émettait l'avis que les lois qui excluaient les parents d'émigrés des fonctions publiques étaient inconstitutionnelles; on pouvait, dès ce jour, juger de l'étendue des pouvoirs que le nouveau régime réservait à l'institution renaissante.

Nous faut-il énoncer d'autres circonstances dans lesquelles le Conseil donna des avis qui ont acquis force de loi : l'avis du 4 thermidor an XIII, relatif aux formalités du mariage; celui du 12 novembre 1806, sur la question de savoir si, sur l'appel émis par la partie civile, les cours criminelles peuvent réformer les dispositions non attaquées de jugements rendus en matière correctionnelle; concluant dans le sens de la négative, le Conseil interprétait la jurisprudence de la Cour de Cassation fondée sur les deux principes suivants : un Tribunal d'appel ne peut réformer que les seules dispositions qui ont fait l'objet de l'appel; il ne saurait davantage statuer *ultra petita* en adjugeant ce qu'on ne lui demande pas.

Deux autres avis du 1^{er} avril 1806, l'un, interprétant la loi du 13 brumaire an VII sur le Timbre, conclut que toute obligation déguisée sous le nom de reconnaissance de dépôt est assujettie au droit de timbre proportionnel; par l'autre, le Conseil d'Etat fut d'avis de ne point remettre en vigueur les dispositions d'anciens règlements qui interdisaient aux notaires, greffiers et gens de loi « d'écrire pour autres et de signer comme témoins des actes sous seings privés ».

Un avis du 11 juin 1810 est également venu interpréter la loi du 21 avril précédent déjà délibérée en Conseil d'Etat. Estimant que les projets de décrets proposés par le Ministre de l'intérieur et conformes à l'ancienne législation ne pouvaient plus s'accorder avec les dispositions de la loi nouvelle sur les mines, le Conseil fut d'avis de renvoyer les projets au ministre pour mettre ceux-ci en harmonie avec la loi du 21 avril 1810.

Codes, lois, avis du Conseil d'Etat reflètent avec la même netteté le labeur du Conseil acharné à travailler à l'œuvre législative entreprise par Napoléon. Lorsque nous assistons par la pensée à ces augustes délibérations que présidait l'Empereur et où se rencontraient tous les grands hommes de cette glorieuse époque, nous ne nous étonnons pas de la qualité des textes élaborés dans une pareille Assemblée.

Sans chercher à donner aux Portalis, Chaptal, Merlin, Cuvier,

à côté desquels siégeaient les grands capitaines comme Bernadotte, Marmon, Brune, Gouvion Saint-Cyr, la part immense de gloire dont chacun d'eux pourrait s'enorgueillir, contentons-nous d'admirer la haute valeur morale de tous ceux qui contribuèrent à donner à la France la législation d'aujourd'hui. Répétons avec M. de Cormenin (*Le Conseil d'Etat envisagé comme Conseil*, Paris 1818) qui exaltait en ces termes l'œuvre législative et le rôle de notre institution sous le régime impérial :

« Le code de nos lois civiles, ouvrage magnifique de ce Conseil a sésisté à la chute du trône impérial et à l'évanouissement de nos conquêtes, comme les tables des lois de Rome sont restées debout parmi ses ruines. Tant de décrets injustes et arbitraires ne sont point l'expression de l'opinion du Conseil, mais la volonté d'un seul homme; combien de fois n'a-t-il pas servi le peuple en modérant les saillies fougueuses du chef par la lenteur et les sages avertissements de ses délibérations ».

Titre II

LE CONSEIL D'ÉTAT APRÈS LA CHUTE DU RÉGIME IMPÉRIAL

Introduction

Après la chute du régime impérial qu'allait devenir le sort d'une institution qui apparaissait comme avoir favorisé à la fois l'ancienne Monarchie et l'Empire ?

Le Conseil d'Etat de 1814 était tributaire d'une double origine qu'il puisait dans l'ancien Conseil du Roi et dans l'organisation consulaire.

De quels caractères cette double naissance avait-elle doté notre institution ?

A priori, on pourrait être tenté d'admettre que le Conseil d'Etat fut surtout le Conseil du pouvoir exécutif, l'aide de l'Empereur et du Gouvernement. Si, en effet, à ce titre, l'institution eut des fonctions administratives importantes, il ne faut pas en déduire qu'elle joua en matière législative un rôle moins efficace pour être plus difficile à déceler.

L'Histoire nous a montré en effet qu'avant la Révolution le principe de la séparation des pouvoirs n'étant pas encore un des fondements de la société politique, le roi détenait sous son seul sceptre la puissance législative, l'autorité exécutive et la justice. Aussi la curia regis intervenait-elle indistinctement pour aider le souverain de ses conseils dans les exercices de ses attributions législatives et administratives ou judiciaires. Si nous remarquons également que,

sous les Gouvernements consulaire et impérial, le pouvoir législatif était pratiquement entre les mains de Napoléon, nous pourrions considérer notre institution comme un conseil des pouvoirs législatif et exécutif.

Avant tout donneur d'avis — et ce fut là son véritable rôle — le Conseil d'Etat n'a jamais joui d'un pouvoir propre; ses délibérations n'ont acquis quelque force sous la Royauté comme sous l'Empire, que par la signature du Chef de l'Etat. Faut-il pour cela nier l'autorité morale de l'institution ? L'Histoire encore nous rapporte le prestige du Conseil du Roi dont le Souverain entérinait les résolutions et les délibérations ou du Conseil d'Etat Napoléonien dont les avis acquéraient force de loi.

Un autre trait saillant commun aux deux sources de notre Conseil d'Etat fut l'unité dans la diversité. Malgré les nombreuses appellations de l'ancien Conseil du Roi, malgré la répartition des membres en plusieurs catégories, malgré les divisions en sections imposées par le Gouvernement consulaire, à l'Assemblée, celle-ci conserva toujours son unité et son indivisibilité : le Roi était censé toujours présent en son Conseil; Napoléon présidait souvent lui-même l'Assemblée lorsqu'il tenait à discuter avec ses conseillers les projets de lois, les règlements d'administration publique ou l'interprétation à donner à des textes législatifs.

Un seul fossé sépara le Conseil du Roi de l'institution Napoléonienne. Un seul principe, sur l'application duquel nous reviendrons, entre en vigueur dans l'organisation politique postérieure à 1789 : la séparation des pouvoirs.

Nous avons tenté néanmoins de rassembler les divers éléments qui font de notre Conseil d'Etat une institution. Une dont le rôle primordial fut toujours celui de « donneur d'avis ».

Le Conseil d'Etat avait été le soutien de la Monarchie. Né à la fois de la tradition germanique qui posait la question de la participation du peuple au pouvoir et du principe romain qui avait prôné le pouvoir absolu du chef tempéré par un gouvernement à grand conseil, le Conseil d'Etat avait déjà pris sous le grand siècle de Louis XIV le caractère spécifiquement romain pour laisser à son ennemi farouche, le Parlement, le soin de recueillir et de faire prospérer l'héritage germanique.

Le Consulat, puis l'Empire, avaient encore resserré les liens qui rattachaient l'institution en concilium des empereurs romains. Le régime impérial aboutissait en effet à un absolutisme plus adroite-

ment dissimulé, mais plus énergiquement constitué que sous l'ancienne monarchie. Le Conseil d'Etat, organisme tout entier à la dévotion de l'Empereur, avait vu son rôle plus effectif et ses prérogatives plus exorbitantes : il en résultait que le Conseil était réellement supérieur aux ministres obligés de se soumettre dans les délibérations aux vœux de la majorité (1); mais il était demeuré dans les limites de ses attributions naturelles restant par dessus tout un conseil, une institution de préparation et de contrôle sans aucun pouvoir propre.

Le réveil de la tradition germanique amena la chute d'un régime trop autoritaire pour le tempérament de la race et provoqua l'avènement d'un gouvernement mitigé : la monarchie constitutionnelle qui semblait un compromis entre l'autorité de nos anciens rois et le pouvoir des assemblées. Les représentants du peuple exigeaient une participation directe au gouvernement de la France. Qu'allait devenir le Conseil d'Etat ? Quel rôle pouvait-on assigner à une institution qui s'avérait puiser ses fondements les plus profonds dans les principes d'un régime autoritaire, et être devenue inconciliable avec les solutions nouvelles admises par la Révolution ?

Le Conseil d'Etat pouvait-il plus tard retrouver sa raison d'être l'orsqu'une République assagie prit le pouvoir après une seconde tentative de restauration monarchique ?

(1) LAFERIERE, op: cit., p. 158.

Chapitre I

DE LA RESTAURATION A LA REVOLUTION DE 1848

Le Conseil d'Etat avait été si bien associé à la gloire de l'Empereur qu'il tomba en disgrâce avec lui. Le retour des Bourbons amena la disparition de l'institution Napoléonienne, mais comment anéantir un organisme dont la valeur morale des membres n'était pas discutée ? L'ombre même du Conseil d'Etat fut un épouvantail et on crut habile d'oublier l'institution elle-même. La Constitution du 6 avril 1814 ne mentionne pas le Conseil d'Etat dans son article 5 qui traite du processus législatif : « Le Roi, le Sénat, le Corps législatif concourent à la formation des lois. — Les projets de loi peuvent également être proposés dans le Sénat et dans le Corps législatif. — Ceux relatifs aux contributions ne peuvent l'être que dans le Corps législatif. — Le Roi peut également inviter les deux corps à s'occuper d'objets qu'il juge convenables; la sanction du Roi est nécessaire pour le complément de la loi ». La Charte constitutionnelle du 4-10 juin 1814 ne fait pas non plus mention du Conseil d'Etat.

Le mutisme de la Charte gêna d'ailleurs beaucoup d' « ultras », qui, malgré leur rancune envers un des plus puissants instruments de travail de l'Empereur, purent difficilement tenir l'institution comme définitivement abrogée. Après avoir cru d'abord qu'on pouvait se passer d'un Conseil d'Etat, on se rendait compte de la nécessité d'un texte pour sortir d'une situation difficile et ce fut sous le déguisement des anciens conseils de la Monarchie que l'institution fut réorganisée par l'ordonnance du 29 juin 1814.

SECTION I

L'ORDONNANCE DU 29 JUIN 1814

L'avènement du régime parlementaire en France nécessita la modification d'une institution qui avait été créée et dotée par un régime despotique : l'Ordonnance du Roi du 29 juin - 5 juillet 1814, concernant l'organisation du Conseil d'Etat, porte dans son préambule l'intention de Louis XVIII de mettre l'héritage des anciens rois en « harmonie avec les changements survenus dans la forme du gouvernement et les habitudes des peuples ». L'Ordonnance du 19 juin 1814 fut davantage le témoignage de la reconnaissance du roi au regard d'une institution qui avait été si dévouée au régime que l'indice de la nécessité du rétablissement d'un corps dont peu de gens entrevoyaient l'utilité dans un régime représentatif.

Le Conseil du Roi est divisé en deux : le Conseil d'en haut ou des ministres, et le Conseil privé ou des parties qui prend le nom de Conseil d'Etat, lui-même subdivisé en cinq Comités chargés de la législation du contentieux, de l'intérieur, des finances et du commerce. Le signe caractéristique de cette dualité d'institution est l'interpénétration des attributions réciproques : par ces cinq Comités, le Conseil privé a un droit de regard dans les domaines les plus variés. D'après l'article 7 de l'Ordonnance « le Conseil d'en haut délibérera en la présence du Roi sur les matières de haute administration, sur la législation administrative et sur tout ce qui tient à la police générale, à la sûreté du trône et du royaume et au maintien de l'autorité royale ».

Mais si l'organisation intérieure du Conseil d'Etat n'a pas le même aspect que sous la Royauté ou l'Empire, les fonctions naturelles de l'institution demeurent.

Avant tout autre caractère, conseiller du Gouvernement, l'organisme conservera ses attributions législatives de préparation et de contrôle des textes de lois. Les paroles même du Chancelier Dambray installant le Conseil d'Etat le 3 août 1814, sont le témoignage du rôle qu'on assignait à l'institution : « Le but de votre institution, concluait-il, n'est pas de former un Conseil qui prononce, mais un Conseil qui dirige ».

L'article 8 de l'Ordonnance du 29 juin 1814 attribue au Conseil d'Etat l'examen des projets de lois et de règlements préparés dans les divers Comités, examen et rapport des projets de règlements, vérification et enregistrement des bulles et actes du Saint Siège et des autres Cultes.

L'article 7 *in fine* de la même Ordonnance permet au Conseil des Ministres de jouir des mêmes attributions législatives : « Les projets de lois et généralement toutes les affaires qui devront être soumises à notre approbation et qui ne l'auraient pas reçue dans notre Conseil d'Etat nous sont présentées dans ce Conseil ou soumis directement suivant que nous le jugerons convenable ».

Enfin l'article 10 indique le processus de l'élaboration des textes législatifs en chargeant le Comité de législation de préparer tous les projets de lois et règlements sur toutes matières civiles, criminelles et ecclésiastiques et en invitant le Conseil d'Etat à délibérer sur le renvoi des projets arrêtés en Comité.

L'Ordonnance de 1814 reste un compromis entre les deux systèmes qui s'offraient au Roi remontant sur le trône : rétablir l'ancien Conseil du Roi, conserver l'institution impériale. On tenta d'harmoniser le nouveau Conseil d'Etat avec le régime constitutionnel, mais ce système mixte étonna ceux même qui l'avaient fait : une mise au point trop rapide, une adaptation difficile furent le résultat d'une organisation éphémère synthétisée par M. de la Rochefoucauld (1) : « On se souvient des querelles perpétuelles des ministres entre eux, des séances des Conseils sans aucun résultat, des décisions obtenues des ministres avec impossibilité d'obtenir la confirmation en Conseil d'Etat, des jugements obtenus en Conseil d'Etat avec impossibilité d'en obtenir l'exécution dans les bureaux des ministres, mais aussi des projets insensés formés de toutes parts et qu'on n'osait pas mettre au jour, enfin de tout cet ensemble de ministres gothiques et étourdis qui avaient peur des institutions qu'ils créaient, et qui ne les créaient qu'avec l'espoir de les détruire ».

(1) « Attributions du Conseil d'Etat », p. 4.

SECTION II

L'ORDONNANCE DU 23 AOÛT 1815

Les proclamations du 1^{er} mars 1815 ramenaient Napoléon Bonaparte au pouvoir. L'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815 remettait en vigueur la législation impériale et rendait aux institutions de l'Empire l'autorité qui avait fait la force du régime : le Conseil d'Etat reprenait la physionomie que lui avait donné l'Empereur; ses membres étaient en mesure de travailler avec la même ardeur à l'élaboration des lois et à leur contrôle par l'interprétation des textes, mais la proclamation du Roi, réplique de celle lancée le 1^{er} mars par Napoléon, restaurait une seconde fois la Monarchie des Bourbons le 25 juin 1815.

L'Ordonnance du 23 août 1815, rapportant celle du 29 juin 1814, réorganise le Conseil d'Etat et dénote une inspiration plus libérale; le vague des dispositions, les omissions aidèrent à conserver au Conseil d'Etat ses attributions impériales. Pratiquement, l'institution conservait toujours les mêmes fonctions législatives : préparation des textes dans les différents Comités, discussion en Assemblée générale du Conseil d'Etat, pour aboutir à un projet présenté à la signature du Roi.

L'Ordonnance du 19 avril 1817 souligne l'importance du rôle du Conseil en matière législative et décide que les projets de lois, ordonnances et règlements préparés dans les divers Comités du Conseil d'Etat devront obligatoirement être soumis à une discussion plus solennelle et plus approfondie, à un concours plus général de lumières, en les présentant à la délibération du Conseil tous comités réunis. La création d'un sixième Comité, l'apparition d'un Conseil de Cabinet, dont les membres sont choisis par le Roi, parmi les Conseillers d'Etats et les Ministres montrent encore l'intention qu'avait Louis XVIII de renforcer les pouvoirs de son Conseil en matière législative.

Faut-il ajouter que tous les règlements d'administration publique devaient désormais porter obligatoirement dans leur préambule : « Le Conseil d'Etat entendu », pour conclure que le Conseil d'Etat rentrait de nouveau dans le cadre de ses attributions naturelles dégagées des deux sources historiques de notre institution ?

SECTION III

ORDONNANCE DU 26 AOÛT 1824

Véritable règlement d'administration intérieure, cette ordonnance prescrit le nombre des membres du Conseil, leur recrutement, leurs obligations et impose aux réunions du Conseil et de ses Comités la forme de leurs délibérations; elle constitue encore l'armature de l'organisation actuelle.

Mais une des principales innovations de l'ordonnance du 26 août 1824 fut de garantir contre la facilité des destitutions l'indépendance des membres du Conseil d'Etat. Sous la Monarchie, comme sous le Régime impérial et la première Restauration, la fonction de Conseiller d'Etat était laissée à l'arbitraire du prince; institués par le bon plaisir du Roi ou au gré de l'Empereur, les membres du Conseil perdaient aussi facilement leur rang qu'ils étaient vite montés dans l'estime du souverain.

Un autre élément constitutif du véritable Conseil d'Etat était donc né sous la seconde Restauration : l'indépendance des donneurs d'avis. On avait fait un pas vers l'indépendance de l'institution elle-même et on avait considéré que, si l'avis n'engage pas celui qui le demande, il ne saurait acquérir une certaine valeur qu'autant qu'il est désintéressé.

SECTION IV

ORDONNANCES DE NOVEMBRE 1828

L'Ordonnance du 5 novembre 1828 marque l'intention de Charles X de continuer la politique de son prédécesseur. Même organisation intérieure du Conseil d'Etat : quatre Comités et une Assemblée générale du Conseil: service ordinaire et service extraordinaire, celui-là comprenant, outre les membres employés aux travaux habituels du Conseil, une dizaine de Conseillers d'Etat appelés à participer seulement aux délibérations du Conseil tous Comités réunis.

L'article 14 de l'Ordonnance contient les mêmes termes que

l'article 6 de l'Ordonnance du 18 avril 1817, qu'il remet en vigueur en ce qui concerne l'élaboration par le Conseil des textes de lois et de règlements d'administration publique : ceux-ci préparés dans l'un des Comités du Conseil d'Etat devront être ensuite délibérés en Assemblée générale, tous Comités réunis et tous les Ministres secrétaires d'Etat convoqués.

L'article 15 confie aux Maîtres des Requêtes les rapports des différents projets de lois et d'ordonnances dans les Comités et aux Conseillers d'Etat le soin de rapporter devant l'Assemblée générale les textes élaborés dans les Comités.

L'Ordonnance réglementaire du 28 novembre 1828, inspirée par un esprit à la fois politique et fiscal, devait régir le Conseil d'Etat pendant dix années.

SECTION V

ORDONNANCE DU 18 SEPTEMBRE 1839

Les ordonnances du 25 juillet 1830 suspendant la liberté de la presse, dissolvant la Chambre des Députés, réformant les règles de l'élection avaient produit un violent mécontentement qui poussa les Députés victimes de ces mesures à protester dans un solennel acte du 27 juillet - 1^{er} août 1830.

Le Gouvernement de juillet s'occupa dès les premiers jours d'organiser à nouveau le Conseil d'Etat.

Une ordonnance du 20 août 1830 créa une Commission chargée de préparer un projet de réforme, mais, comme la préparation et surtout l'adoption d'un tel projet pouvait être longues, une ordonnance du même jour réorganisa le personnel du Conseil d'Etat et maintint provisoirement toutes ses attributions.

Malgré le mutisme de la Charte constitutionnelle du 14 août 1830 en ce qui concerne l'existence même du Conseil d'Etat, nous trouvons déjà dans les Ordonnances des 12 et 20 août 1830 la volonté du nouveau Roi de conserver à notre institution le rôle et l'importance que lui avait confiés la Charte précédente : la première de ces ordonnances donne à l'ancien comité de la justice et du contentieux le nom de Comité de législation et de justice administrative; la seconde comporte la nomination des nouveaux membres du Conseil.

Au surplus les Ordonnances des 2 février et 12 mars 1831 réa-

lisèrent quelques améliorations urgentes en matière contentieuse : elles établirent la publicité des audiences du Conseil d'Etat délibérant au contentieux, et donnèrent aux avocats le droit d'ajouter des observations orales aux mémoires écrits qui étaient alors le seul moyen d'instruction.

L'Assemblée du Conseil d'Etat fit preuve de tant d'impartialité, de mesure et de justice dans les limites qu'elle traçait aux sacrifices imposés aux droits des particuliers dans l'intérêt de la chose publique qu'une autorité nouvelle s'attacha à ses décisions.

Bientôt l'Ordonnance du 18-20 septembre 1839 (1) établissait les éléments de l'organisation promise par l'Ordonnance du 20 août 1830.

Elle reconstituait le Comité de législation, définissait le service extraordinaire, ajoutait de nouveaux cas de révision au règlement du Conseil et posait les bases du projet de loi qui devait régler définitivement la composition et le mode de procéder du Conseil d'Etat.

Pour les matières administratives et non contentieuses, le Conseil était divisé en cinq Comités : législation, Guerre et Marine, Intérieur et Instruction publique, Commerce Agriculture et Travaux publics, Finances. La procédure d'élaboration législative restait toujours la même ; l'article 16 rappelait l'obligation de soumettre à l'Assemblée générale du Conseil les projets issus du travail des Comités.

Mais l'article 17 ne conférait au Comité de législation que des attributions secondaires ; il aura pour fonction de : « Continuer les travaux de la Commission instituée par l'Ordonnance du 20 août 1824, à l'effet de colliger et classer les lois et règlements en vigueur, préparer les projets d'ordonnances sur les naturalisations, changements de noms, les mises en jugement des fonctionnaires publics, les autorisations de plaider demandées par les communes, les appels d'abus, les vérifications de bulles, diriger l'instruction et préparer le rapport des conflits ».

L'Ordonnance de 1839 est la dernière ordonnance rendue sous un régime durant lequel l'institution du Conseil d'Etat ne fit jamais corps avec l'organisation politique. Louis-Philippe voulut, avant d'être balayé par la Révolution, donner au Conseil d'Etat une forme légale : la tentative aboutit à la loi du 19 Juillet 1845 qui mit fin au régime des ordonnances.

(1) DE CORMENIN, « Droit administratif », 1840, tome I, p. 43.

SECTION VI

LA LOI DU 19 JUILLET 1845

Pas moins de six projets de lois avaient été présentés entre 1833 et 1843 pour tenter de réorganiser le Conseil d'Etat. A chaque présentation, de longs et vifs débats s'étaient engagés entre les adversaires et les partisans du système qu'il s'agissait de modifier.

M. LACAVE-LAPLAGNE fut chargé d'un rapport à la Chambre des Députés sur le projet de loi qu'avait présenté M. PERSIL, Garde des Sceaux. Un nouveau projet fut présenté en 1837 à la Chambre des Députés et la Commission chargée de l'examiner choisit M. VATOUT pour rapporteur. Ce rapport concluait à la juridiction directe et à l'inamovibilité d'une partie du Conseil, celle qui était appelée à prononcer sur le contentieux.

Dans un nouveau projet présenté en 1840 (1) et amendé par une Commission composée de MM. DALLOZ, ODILLON BARROT, de TOCQUEVILLE, on s'était spécialement arrêté à l'idée d'un Tribunal supérieur rendant les Arrêts exécutoires sans être soumis à la signature du Roi : on voulait tenter d'organiser la juridiction propre du Conseil d'Etat en matière de contentieux administratif.

En 1843, le Garde des Sceaux présenta un nouveau projet à la Chambre des Pairs et le rapport en fut confié à M. PERSIL. A la Chambre des Députés, la Commission chargée d'examiner le projet nomma M. DUMON, rapporteur. Cinq séances furent consacrées à la discussion et à l'examen des amendements.

Ce projet qui fut appelé à triompher n'avait pas pour but la réforme fondamentale du Conseil d'Etat, mais bien plutôt la consécration des perfectionnements qu'avait indiqués l'expérience.

Les termes mêmes du rapport de M. PROSPER-CHASSELOUP-LAUBAT montrent assez explicitement l'idée directrice du projet : « L'intention de la Commission n'a jamais été de faire voter d'une manière subreptrice, par la Chambre, de nouvelles attributions pour le Conseil d'Etat ; ce qu'elle a voulu, c'est conserver toutes les attributions qu'il possède aujourd'hui rien de plus, mais rien de moins ».

(1) Revue de législation, tome XII, p. 96.

Le titre II de la loi du 19 Juillet 1845, entièrement consacré aux fonctions du Conseil d'Etat, est ainsi conçu :

« Le Conseil d'Etat peut être appelé à donner son avis sur les projets de loi ou d'ordonnance et, en général, sur toutes les questions qui lui sont soumises par les ministres.

» Il est nécessairement appelé à donner son avis sur toutes les ordonnances portant règlement d'administration publique ou qui doivent être rendues dans la forme de ces règlements.

» Il propose les ordonnances qui statuent sur les affaires administratives ou contentieuses dont l'examen lui est déféré par les dispositions législatives ou réglementaires ».

D'après ces dispositions et celles des articles 15, 16, 17 et 18 de la loi, les affaires soumises au Conseil d'Etat se présentaient sous quatre aspects différents :

1° Les ministres consultent facultativement le Conseil d'Etat ;

2° Le Conseil d'Etat est nécessairement appelé à délibérer sur les règlements d'administration publique et sur les ordonnances rendues dans la forme de ces règlements ;

3° Il fait l'instruction des affaires contentieuses et prépare les ordonnances qui statuent sur ces sortes d'affaires ;

4° Il prépare les ordonnances qui statuent sur des affaires de nature mixte.

Le Législateur n'est pas allé jusqu'à admettre que l'avis du Conseil d'Etat serait obligatoire pour tout projet d'ordonnance et de loi et on peut regretter cette disposition légale qui enlève à notre institution le droit de donner, sur toutes matières législatives et administratives, un avis qui n'eut d'ailleurs jamais lié l'autorité qui le sollicitait.

Or, le vote de l'article 12 de la Loi du 19 Juillet 1845 n'avait pas rallié l'unanimité des suffrages et quelques députés s'étaient faits les porte-paroles d'une importante minorité partisane d'une collaboration plus complète du Conseil d'Etat dans l'élaboration des textes législatifs :

M. CRÉMIEUX donnait au Conseil de droit de connaître tous les projets et d'émettre sur eux un avis qui revêtait le caractère obligatoire ; l'article qu'il proposait était ainsi rédigé : « Le Conseil d'Etat *doit* être appelé à donner son avis et à préparer des ordonnances sur toutes les affaires dont l'examen lui est déféré par des dispositions de lois, de décrets et de règlements ».

L'article 13 § 4 de la loi de 1845 avait prévu qu'une ordonnance

royale déterminerait, parmi les projets d'ordonnance qui doivent être délibérés dans la forme des réglemens d'administration publique, ceux qui ne seraient soumis qu'à l'examen des Comités sans être portés devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat. L'Ordonnance du 27 Décembre 1846 fixait la nature des différents projets au sujet desquels seuls les Comités étaient appelés à se prononcer : on semblait par là donner à l'institution du Conseil d'Etat davantage un rôle de préparation que de donneur d'avis ; on jugeait inutile et superflu d'avoir le conseil des Membres de l'Assemblée générale, véritable concours de lumières pour ne prendre en considération qu'un rapport émanant en général de maître des requêtes ou d'auditeurs peu nombreux et moins expérimentés.

*
* *

Dans cette seconde phase de l'Histoire du Conseil d'Etat, l'organisme grâce aux améliorations successives qui se résumèrent dans l'ordonnance du 18 Septembre 1839 et la loi du 19 Juillet 1845 rendit surtout de grands services au pays comme Conseil Supérieur de l'administration, comme Conseil de juridiction supérieure en matière administrative contentieuse et comme Conseil investi de la tutelle administrative sur les communes et les établissements publics (1).

Sous le gouvernement parlementaire de 1815 à 1848, le Conseil avait surtout été réduit à ses attributions administratives : les lois ou ordonnances de 1815, 1824, 1839 et 1845 ne l'appelaient que par exception à s'occuper de la rédaction des projets de lois sur le renvoi facultatif du gouvernement ; en fait le travail législatif du Conseil d'Etat avait été considérablement réduit.

La Restauration avait constitué dans l'Histoire du Conseil d'Etat une période critique. Les raisons de cette crise étaient psychologiquement explicables. Les unes purement politiques, semblaient résider dans la défiance de la Monarchie vis à vis d'une institution trop intimement liée à la splendeur du régime impérial dans la rancune de ceux qui constataient malgré eux l'indépendance avec laquelle le Conseil d'Etat avait toujours fait respecter l'inviolabilité des ventes nationales, dans les griefs de l'opposition libérale qui rendait notre institution responsable des abus des conflits que les ministres éle-

(1) LAFFERRIÈRE, *op. cit.*, 3^e édition 1850, tome I, p. 200.

vaient devant elle pour dessaisir les tribunaux au profit du Conseil d'Etat ; les autres motifs concernaient l'organisation même du Conseil d'Etat ; le personnel était nommé d'une façon précaire. Le Roi pouvait exclure les membres du Conseil avec autant de facilité qu'on déplace les pièces d'un échiquier, restant maître d'établir chaque année la liste des conseillers et maîtres des requêtes.

Aussi le Conseil d'Etat dont la Charte n'avait pas même consacré l'existence, ne fut que rarement appelé à donner son avis ; il dut se renfermer dans le rôle de contrôleur de l'administration centrale, départementale et communale.

Le Gouvernement de Juillet témoigna au Conseil d'Etat plus de confiance et moins de rancune et recourut plus fréquemment à ses lumières pour l'élaboration de lois touchant aux matières administratives et la préparation de projets d'intérêt général ou départemental. On peut citer plusieurs textes législatifs qui ont été reconnus comme l'œuvre du Conseil d'Etat : la Loi du 21 Mars 1832 sur le recrutement de l'armée, celle du 19 Mai 1834 sur l'état des officiers, celle du 4 Juillet 1837 sur les poids et mesures, celle du 27 Avril 1838 sur l'exploitation des mines. La police et la grande voirie fut l'objet de la loi du 23 Mars 1842 ; les brevets d'invention, celui de la loi du 5 Juillet 1844 ; le droit de propriété littéraire et artistique fut réglementé par la loi du 3 Août 1844 ; la loi sur la police des chemins de fer du 25 Juillet 1845 fut également votée après étude et avis du Conseil d'Etat.

Si le Conseil d'Etat sortait quelque peu diminué d'une période critique de son Histoire, il s'était cependant glissé parmi les institutions d'un régime qui était totalement différent de l'ancienne royauté et de l'Empire : à un règne autoritaire succédait une monarchie constitutionnelle directement en accord avec les principes sacrés de la Révolution et on avait cependant admis qu'un Conseil d'Etat pouvait être de quelque utilité malgré le pouvoir effectif donné aux Chambres représentatives au détriment du pouvoir royal.

Au contact de la responsabilité ministérielle à peine née, mais déjà érigée en principe, le Conseil d'Etat devait perdre le rôle politique qu'il avait joué sans cesse jusqu'alors ; au lieu de contrôler les ministres, l'institution était appelée à servir à ceux-ci d'auxiliaire, de guide dont les avis n'avaient qu'un caractère purement facultatif. On n'enlevait au Conseil d'Etat qu'une prérogative secondaire issue

du prestige des gouvernements forts qui l'envoûtaient et peut être incompatible avec les qualités morales exigées d'un véritable donneur d'avis. Mais cette naissance de la responsabilité ministérielle et collective devait marquer une différence essentielle entre le Conseil d'Etat de l'an VIII et celui qui se maintint après la Restauration de 1814 et la révolution de 1830.

Chapitre II

DE LA RÉVOLUTION DE 1848, A LA CHUTE DU SECOND EMPIRE

SECTION I

LE CONSEIL D'ETAT DE 1848-1849

La Révolution de Février 1848 chassa Louis-Philippe : le Gouvernement provisoire étant proclamé, l'Assemblée Nationale détint le pouvoir et donna à la France la Constitution du 4 Novembre 1848. La forme républicaine était définitivement adoptée ; on prenait pour principe la liberté, l'égalité, la fraternité et pour bases la famille, le travail, la propriété, l'ordre public ; le peuple français délégua le pouvoir législatif à une Assemblée unique et le pouvoir exécutif à un citoyen qui devait recevoir le titre de Président de la République. Quel rôle devait-on assigner au Conseil d'Etat ; fallait-il même conserver une institution qui avait servi à « un gouvernement rétrograde et oligarchique » que venait de renverser l'héroïsme du peuple de Paris ?

Le rapport de la Commission chargée de trancher cette question nous révèle la pensée qui a présidé à l'organisation du Conseil d'Etat républicain :

« A côté de l'assemblée unique, la Constitution place un Conseil d'Etat choisi par elle, émanation de sa volonté, délibérant à part, en dehors des mouvements qui peuvent agiter les grandes réunions. C'est là que la loi se prépare, c'est là qu'on renvoie, pour la mûrir,

toute proposition d'initiative parlementaire qui parait trop hâtive au pouvoir législatif. Ce corps composé d'hommes éminents et placé entre l'Assemblée qui fait la loi et le pouvoir qui l'exerce, tenant au premier par sa racine au second par son contrôle sur l'administration, aura naturellement une autorité qui tempérera ce que l'assemblée unique pourrait avoir d'arbitraire ».

Quelle belle mission était réservée au Conseil d'Etat : il devait être l'auxiliaire du pouvoir législatif, le modérateur du pouvoir exécutif, le pivot d'un régime nouveau qui confiait à l'institution un rôle de confiance : il servirait à adoucir les relations mutuelles des pouvoirs dont elle arbitrerait les prérogatives et tempérerait la rivalité.

L'élection des membres du Conseil d'Etat par les représentants du peuple qui avait présidé à sa première formation et devait s'imposer tous les trois ans, lors des renouvellements périodiques par moitié, associait l'institution à l'existence et à l'esprit de chaque assemblée nationale. Selon LAFERRIERE (1), la vraie Doctrine résistait à l'idée de faire du Conseil d'Etat « un Corps politique », mais le choix périodique des conseillers par l'assemblée nationale donnait inévitablement un caractère politique au Conseil d'Etat, là était le danger du nouveau mode de nomination ».

Les fonctions du nouveau Conseil d'Etat furent définitivement arrêtées dans le chapitre VI de la Constitution ; sans laisser à une loi organique le souci de déterminer les principales attributions d'une organisme si important, l'Assemblée nationale voulut elle-même consacrer le caractère de l'institution de peur que, ultérieurement, ne soit méconnue la pensée qui avait présidé à sa formation.

L'article 75 de la Constitution résumait le rôle du Conseil d'Etat en matière législative :

« Le Conseil d'Etat est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura envoyés ». Il prépare les règlements d'administration publique, il fait seul ceux de ces règlements à l'égard desquels l'assemblée nationale lui aura donné une délégation spéciale ».

Une double fonction résultait de ce texte : la préparation des projets de lois d'initiative parlementaire et gouvernementale, la rédaction des règlements d'administration publique ; tel était le rôle

(1) Op. cit., p. 159.

législatif que la Constitution voulait confier au Conseil d'Etat et qu'est venue préciser la loi organique du 3 Mars 1849.

La loi du 3 Mars 1849 résoud dès l'article premier la question des attributions législatives du Conseil :

a) Celui-ci doit obligatoirement être consulté sur tous les projets de lois d'initiative gouvernementale ; l'Assemblée nationale renverra à l'examen du Conseil les projets dont elle aurait été saisie directement par le Gouvernement sans que le Conseil d'Etat eut été consulté. Seuls les projets de lois financiers, ceux portant fixation du contingent de l'armée ou ratification de traités ou conventions diplomatiques ainsi que les projets de loi d'urgence pourront parvenir directement à l'assemblée.

En outre, le Conseil d'Etat donne son avis sur les projets de lois émanant soit de l'initiative parlementaire, soit du gouvernement que l'assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer et sur les projets d'initiative parlementaire à l'égard desquels il est consulté par le gouvernement.

b) Le Conseil d'Etat peut être appelé à préparer et à rédiger les projets sur les matières pour lesquelles le gouvernement réclame son initiative.

c) Le Conseil d'Etat fait, sur le renvoi de l'Assemblée nationale, les règlements d'administration publique si cette délégation est contenue dans une loi et prépare, sur le renvoi du gouvernement, tous les autres règlements d'administration publique ;

c) Le Conseil d'Etat fait, sur le renvoi de l'Assemblée nationale, administrative, le Conseil d'Etat résout, sur la demande des ministres, les difficultés qui s'élèvent entre eux relativement aux attributions qu'ils tiennent respectivement des lois et relativement à l'application des lois. Par là, notre institution est appelée à interpréter les textes législatifs.

Ainsi le Conseil d'Etat était associé de droit à l'initiative du Président de la République pour les projets de lois que le Gouvernement veut soumettre à l'Assemblée nationale.

Il est à remarquer que si la constitution de l'An VIII disait que le Conseil était chargé de rédiger les projets, la Constitution de 1848 porte « que les projets de loi du Gouvernement devront être soumis

à son examen préalable » et la loi organique : « que le Conseil d'Etat est consulté sur tous les projets de loi du Gouvernement ».

Il y a donc, d'après LAFERRIÈRE (1) entre le Conseil de l'An VIII et celui de 1848 cette différence dans les attributions législatives que le premier « rédigeait » nécessairement les projets de lois alors que le second les « examine », ce qui entraîne la faculté de rejeter les dispositions soumises à son examen et d'en substituer de nouvelles.

Mais ce droit n'est pas absolu : tandis que d'après la Constitution de l'An VIII la participation du Conseil à la rédaction des projets était obligatoire pour toutes les lois, d'après la Constitution de 1848 le gouvernement peut se dispenser de consulter le Conseil sur les projets de loi fixant le budget, des crédits supplémentaires ou complémentaires, sur ceux portant fixation du contingent annuel de l'armée et appel des classes et ratification de traités ou de conventions diplomatiques, toutes matières qui sont des mesures de souveraineté, de gouvernement, de service public plus politiques que législatives. Enfin les projets de loi d'urgence n'étaient pas soumis à l'examen du Conseil pour éviter les retards inévitables qu'entraînerait ce droit préalable, à moins que l'Assemblée nationale ne décidât de solliciter l'avis du Conseil même sur ces projets exceptionnels.

Le Conseil d'Etat peut être également saisi des propositions de lois d'initiative parlementaire, mais il n'y a pas, de la part de l'Assemblée nationale, obligation de soumettre à l'examen préalable du Conseil les projets émanant de l'initiative de ses membres : ce renvoi est purement facultatif. Chaque proposition faite par un représentant est d'abord renvoyée à l'examen de la commission spéciale renouvelée chaque mois dans les bureaux et, sur son rapport ou plus tard lors de la discussion, l'Assemblée nationale renvoie, si elle le juge convenable, la proposition à l'examen du Conseil : c'est la procédure qui découle des articles 75 de la Constitution, 2 de la loi organique, 22, 74 et 75 du règlement de l'Assemblée.

Enfin la participation toujours nécessaire du Conseil aux règlements d'administration publique avait un double caractère : l'organisme intervient soit à titre consultatif pour préparer ces règlements, soit à titre législatif pour les rédiger définitivement en vertu d'une délégation spéciale qui lui a été donnée par l'Assemblée législative.

Dans le premier cas, son intervention est nécessaire, mais les ministres ne sont pas obligés de suivre exactement les projets ; ils

(1) Op. cit., 3^e édition, p. 210.

peuvent les modifier avant de les soumettre à l'approbation du chef du Gouvernement.

Dans le second cas, le Conseil supplée le pouvoir législatif qui l'a délégué et fait seul les règlements ; il a alors un véritable droit de législation secondaire ; mais il faut que la délégation soit expresse et que les lois portent que le Conseil fera un règlement d'administration publique pour en assurer l'exécution.

Cette distinction est établie par l'article 75 de la Constitution qui associe formellement le Conseil d'Etat, par l'effet de la délégation spéciale, à l'exercice de la puissance législative. Le règlement est transmis au Président de la République pour la promulgation ; celui-ci peut demander par un message motivé une nouvelle délibération mais, après un second examen, ne doit promulguer le texte ou en référer à l'Assemblée nationale.

Le Conseil d'Etat de la République se divisait en trois sections : législation, administration, contentieux administratif (art. 16). Le service extraordinaire qui avait été supprimé par le Gouvernement provisoire comme ne formant qu'une « superfétation de titres sans fonctions réelles aussi contraire aux principes républicains qu'au bien des affaires », fut en quelque sorte rétabli lorsque la loi du 3 mars 1849 reconnut au Conseil et aux sections le droit de convoquer dans leur sein tous chefs de service et tous autres fonctionnaires pour en obtenir des explications sur les affaires en délibération.

Auxiliaire du pouvoir législatif, consulté par le pouvoir exécutif, le Conseil de 1848 sut conserver la confiance mise en lui par la Constitution ; par sa consciencieuse préparation des lois, par ses avis judicieusement motivés, le Conseil d'Etat contribua à rendre la législation utile et claire ; la loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement, celle du 22 janvier 1851 sur l'assistance judiciaire, les lois des 22 février 1851 réglementant le contrat d'apprentissage et du 24 juin 1851 concernant les Monts de pitié sont directement l'œuvre de notre institution.

En tentant de définir la fonction législative du Conseil, le législateur de 1849 entendait permettre au Conseil d'Etat de conserver les diverses attributions qu'il avait acquises sous les régimes antérieurs, c'était non seulement admettre la nécessité de l'institution dans la nouvelle organisation des pouvoirs, mais encore glorifier le Conseil d'Etat impérial auquel on avait emprunté les attributions générales.

Mais si le Conseil d'Etat avait pris une part importante dans l'élaboration des lois et s'il avait été le régulateur même de l'action administrative, il avait maintenant un pouvoir propre en matière juridictionnelle. Une seule section composée de neuf membres était investie de la juridiction administrative : l'assemblée générale du Conseil qui, dans l'esprit de la loi organique, devait délibérer sur les grands intérêts législatifs et administratifs, avait même reçu une juridiction extraordinaire dans l'intérêt de la loi d'après l'article 46 de la loi du 3 mars 1849.

En disposant dans son article 6 que « le Conseil d'Etat statue en dernier ressort sur le contentieux administratif », la loi du 3 mars 1849 faisait une grave innovation que le législateur de 1845 avait repoussée. Dans notre droit public antérieur, en effet, si le Conseil d'Etat avait été souvent appelé à résoudre les questions contentieuses, il gardait son caractère purement consultatif et ses décisions, en cette matière, étaient revêtues de la forme des décrets ou ordonnances.

Le législateur de 1849 avait osé faire une réforme que le pouvoir constituant n'avait pas voulu insérer dans la Constitution de 1848.

Quoi qu'il en soit, le Conseil d'Etat de 1848 dont l'organisation intérieure fut l'objet du règlement du 26 mai 1849 s'était présenté comme devant être surtout l'auxiliaire et le conseil de l'unique Chambre législative : le recrutement des membres du Conseil réglementé par l'article 72 de la Constitution prouve implicitement que l'Assemblée nationale avait considéré l'institution sinon comme une deuxième Chambre législative du moins comme un organisme chargé avant toutes choses de contribuer à l'exercice du pouvoir législatif. Depuis l'An VIII, en effet, le Conseil d'Etat avait été le soutien du pouvoir exécutif ; aussi l'élection des membres du Conseil pour six ans, par la Chambre législative, pouvait sembler une innovation qui aurait pu modifier le caractère même de l'institution. Nous avons vu, en énumérant les attributions législatives du Conseil, que celui-ci bien que devenant plus directement l'aide du pouvoir législatif n'en restait pas moins le conseil dévoué du Gouvernement : son véritable rôle législatif n'était pas modifié.

SECTION II

LE CONSEIL D'ÉTAT DE 1852 ET DE 1870

Le décret du 2 décembre 1851, en déclarant dissous l'Assemblée nationale et le Conseil d'Etat, assignait un terme à l'organisation de 1848 qui semblait durable et conforme aux principes de liberté et de souveraineté nationale rappelés pendant les journées révolutionnaires. La Constitution de 1848 avait-elle laissé trop de prérogatives au chef exécutif qui, l'histoire le prouvait, devenait vite autoritaire et profitait de son prestige pour accaparer le pouvoir ? Le Conseil d'Etat avait-il manqué à sa tâche en ne modérant pas suffisamment le pouvoir exécutif et n'avait-il pas réussi à établir l'équilibre entre les forces rivales nées de la Révolution ? Laissons aux historiens le soin de peser les impondérables qui soulèvent les masses, détruisent un régime, ensanglantent un pays et contentons-nous de rechercher l'influence d'une nouvelle révolution politique sur le Conseil d'Etat et plus spécialement sur les attributions législatives de l'institution.

Avant d'étudier l'utilité, voire même la nécessité d'une institution, on la supprime : telle était la procédure courante employée généralement par un dictateur ou une oligarchie par haine du régime qu'on veut remplacer ; l'interim est assuré par une commission de membres dévoués à la nouvelle organisation mais la plupart du temps incompétents à remplir les fonctions bigarrées qui leur échoient pour une période souvent prolongée. Ainsi les décrets des 2 et 3 décembre 1851 envisageaient la formation et nommaient les membres d'une commission provisoire, chargée tout à la fois de suppléer la Chambre législative et le Conseil d'Etat supprimés en attendant l'élaboration d'une constitution et d'une loi organique. Le vote des 20 et 21 décembre 1851 donnait à Louis-Napoléon Bonaparte le pouvoir de faire la nouvelle Constitution.

Le préambule même de la Constitution du 14 janvier 1852 indique l'intention du Président de la République, prochain empereur : « La politique nouvelle sera celle qui a été dictée par le génie qui fit la prospérité et la grandeur de la France à des heures troublées ; on ne cherchera pas à substituer à l'expérience des siècles une théo-

rie personnelle et des doctrines spécieuses d'hommes à idées abstraites » ; la nouvelle Constitution prendra pour modèle les institutions qui ont résisté au premier souffle des agitations populaires pour ne céder que devant la coalition de l'Europe entière : l'organisation politique, administrative, judiciaire du Consulat et de l'Empire. Le nouvel acte constitutionnel, comme le *senatusconsulte* du 23 avril 1870, devait restaurer en France la société régénérée par la Révolution de 1789 et organisée par l'empereur. Le décret organique du 25 janvier 1852 et le décret portant règlement intérieur du Conseil d'Etat en date du 30 janvier 1852 devaient régler les détails d'organisation et de procédure de l'institution.

Le pouvoir législatif est conféré à un Corps législatif unique, discutant et votant les lois, élu au suffrage universel ; un Conseil d'Etat, formé des hommes les plus distingués, prépare les lois et en soutient la discussion devant le Corps législatif ; un Sénat, formé de toutes les illustrations du pays, pouvoir pondérateur, est constitué gardien du pacte fondamental des libertés publiques ; le pouvoir exécutif est exercé par un chef responsable et nommé pour dix ans et des ministres.

Mais si les pouvoirs législatif et exécutif semblaient toujours distincts c'est à ce dernier qu'appartient la prépondérance même dans l'exercice des fonctions législatives ; les dispositions qui enlèvent aux députés le droit d'initiative et ne leur accordent le droit d'amendement qu'avec approbation du Conseil d'Etat transfèrent au chef de l'Etat une part prédominante dans la confection des lois. La loi est faite sur l'initiative de l'Empereur, rédigée par le Conseil d'Etat et soumise au vote sans discussion du Corps législatif, le Sénat n'intervenant que pour examiner le projet au point de vue de la constitutionnalité.

Il s'agissait donc d'une restauration pure et simple du régime impérial et de son organisation politique. L'art. 50 de la nouvelle Constitution reproduit les termes de l'art. 52 de la Constitution de l'An VIII. Il charge le Conseil d'Etat de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique, sous la direction du Président de la République qui a seul l'initiative en matière législative. Mais tandis que l'art. 52 de la Constitution impériale n'envisageait que la défense des projets de loi devant le Corps législatif, le nouvel article 51 confère aux membres du Conseil le soin de soutenir les projets à la fois devant le Corps législatif et devant le Sénat ; c'était permettre au Conseil d'Etat de donner son avis sur la consti-

tutionnalité des lois et de développer devant sa haute assemblée les arguments en faveur ou contre la teneur des textes législatifs combattus.

Le nouveau Conseil d'Etat, placé par la constitution sous la direction de l'Empereur que le préside le cas échéant, est redevenu le véritable Conseil du Gouvernement ; aussi les ministres ont-ils rang, séance et voix délibérative au Conseil d'Etat. Le Conseil délibère sous trois formes : en assemblée générale, par sections, en assemblée du contentieux. En qualité de Conseil de Gouvernement, l'institution participe aux fonctions de l'ordre législatif, réglementaire et administratif.

Son rôle législatif est déterminé par le décret organique du 25 janvier 1852 : le Conseil est « chargé de rédiger » les projets de lois, les projets de sénatusconsultes n'étant pas envisagés ; les orateurs du Conseil prennent part à la discussion des projets de lois ou de sénatusconsultes ; le Conseil adopte ou rejette les amendements émanés des commissions du Corps législatif et qui ne peuvent être soumis que sous son approbation au Corps législatif lui-même.

Le Conseil « rédige » les règlements d'administration publique et donne son avis sur tous les décrets rendus dans la forme de ces règlements.

Enfin le Conseil jouissait d'un certain pouvoir d'interpréter la loi puisqu'il était appelé à examiner des projets de sénatusconsultes et à en soutenir la discussion. (Décret du 31 décembre 1852, art. 1, 3, 4.)

Les rapports entre le Conseil d'Etat, l'Empereur, le Sénat et le Corps législatif sont l'objet de dispositions méticuleuses et nombreuses : les décrets des 22 mars 1852, 3 février 1861, 5 février 1867, 29 mai 1870 dénotent sans cesse l'esprit dans lequel la Constitution a entendu régler l'organisation politique.

Le sénatusconsulte du 21 mai 1870 fixant la Constitution de l'Empire rappelle l'organisation du Conseil d'Etat contenue dans les articles 47 à 53 de la Constitution. L'article 37 est ainsi conçu :

« Le Conseil d'Etat est chargé, sous la direction de l'Empereur, de rédiger les projets de lois et les règlements d'administration publique et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière d'administration. »

L'article 38 énonce que le Conseil soutient au nom du Gouvernement la discussion des projets de loi devant le Sénat et le Corps législatif.

Les articles 39 et 40 précisent que les conseillers d'Etat sont nommés par l'Empereur et révocables par lui, que les ministres ont rang, séance et voix délibérative au Conseil d'Etat

Par son organisation et ses attributions essentielles, le Conseil d'Etat de 1852 et de 1870 ressemble à celui de l'An VIII au triple point de vue de la législation, de l'administration et du contentieux ; les institutions des deux époques ne diffèrent que par quelques détails que nous avons tenté de souligner en matière législative : tout ce qui est fondamental est identique.

Le Conseil d'Etat était redevenu le soutien du pouvoir exécutif ; nommés par le Président de la République, les membres délibéraient à côté des ministres et sur la seule initiative du Gouvernement. Délibérant sous la présidence réelle ou fictive du chef de l'Etat, le Conseil jouissait des attributions législatives les plus étendues, sa coopération étant nécessaire pour la confection des lois et requise pour l'interprétation de la Constitution sous la seule initiative du Président de la République. Bref, il récupérait toutes les attributions législatives qui lui avaient permis, sous le Consulat et l'Empire, de faire valoir la science des conseillers et des maîtres des requêtes. Nous sommes encore redevables au Conseil d'Etat de 1852 de plusieurs dispositions législatives qui sont encore aujourd'hui en vigueur.

La loi du 9 juillet 1853 concernant les pensions civiles, la célèbre loi du 23 mars 1855 sur la transcription en matière hypothécaire, le Code de Justice militaire pour les armées de terre en date du 9 juin 1867, la loi sur les sociétés du 24 juillet 1867 renferment toutes des dispositions maniées et remaniées dans les comités du Conseil d'Etat et arrêtées en assemblée générale. Ces textes font honneur à l'institution qui sut, en des matières si diverses, élaborer des principes durables, respectés par le temps et la malice des législateurs successifs.

Chapitre III

LE CONSEIL D'ETAT DE LA III^e RÉPUBLIQUE (1)

L'importance politique que le Conseil d'Etat avait prise sous le Second Empire entraîna l'interruption de l'activité de l'organisme lors de la Révolution du 4 septembre 1870. Le senatusconsulte du 8 septembre 1860 qui, en rendant au Corps législatif l'initiative des lois, diminuait l'influence du Conseil en matière législative et réduisait le rôle de celui-ci au sujet des amendements à donner un avis, n'avait pas suffi à rendre républicain le régime impérial : la chute de l'Empire provoqua la suppression du Conseil d'Etat, la suspension de ses membres et la création d'une commission provisoire composée de huit conseillers d'Etat, dix maîtres des requêtes, douze auditeurs, chargés par décret du 15 septembre 1870 d'expédier les affaires courantes. Cette commission devait fonctionner jusqu'au moment où le Conseil d'Etat, réorganisé par la loi du 24 mai 1872, est entré en fonctions : l'assemblée générale de la commission consultative avait examiné 383 affaires.

Le Gouvernement n'avait pas cru qu'il fut possible de réorganiser définitivement le Conseil d'Etat tant que l'assemblée n'aurait pas donné au pays, « avec sa constitution politique, son organisation administrative et judiciaire ». Il avait néanmoins senti l'impérieuse nécessité d'augmenter le nombre des membres de la commission consultative et de déposer un projet qu'il qualifiait lui-même de provisoire pour pallier aux besoins du moment.

(1) Voir M.-J. DELARBE. « Organisation du Conseil d'Etat : la loi de 1872 », Paris, Marescq, 1872.

SECTION I

LA LOI DU 24 MAI 1872

Le projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat fut présenté par M. Thiers, chef du pouvoir exécutif, et M. Dufaure, garde des Sceaux, ministre de la Justice.

Lu dans la séance du 1^{er} juin 1871, ce projet laisse apparaître clairement l'esprit qui animera la loi du 24 mai 1872 votée après maints amendements et trois rapports de M. Batbie.

« Les dispositions du projet de loi que nous soumettons aux délibérations de l'assemblée sont empruntées en partie à la loi du 19 juillet 1845, en partie à celle du 3 mars 1849. La combinaison de deux systèmes différents adaptés à ces deux époques, semble avoir été commandée par l'organisation du pouvoir exécutif. Comme en 1845, le Conseil d'Etat ne sera appelé qu'à donner des avis au Gouvernement lorsqu'il sera consulté par lui ; mais il n'interviendra plus d'une manière permanente dans la préparation des lois. Comme en 1849, le Conseil d'Etat statuera avec un pouvoir propre sur le contentieux administratif ; ses décisions auront en pareil cas la valeur des jugements et ne seront plus de simples avis soumis à l'approbation du chef du pouvoir exécutif.

Le législateur de 1872 reconnut une fois encore que, sous tous les régimes, le Conseil d'Etat était appelé à rendre de grands services et, après quelques hésitations, il a pensé que l'organisation et le mode qui avaient été à peu près constamment pratiqués de l'An VIII à 1870 étaient ceux qui répondaient le mieux à la nature de l'institution.

Reprenant la disposition de l'article 72 de la Constitution du 4 novembre 1848, le législateur de 1872 décidait que les conseillers d'Etat seraient élus par l'Assemblée nationale.

Ainsi le Conseil d'Etat devenait davantage le conseiller du Parlement que le confident du Gouvernement ; considéré dans sa mission auprès de l'exécutif, l'organisme limitait ce dernier plutôt qu'il ne l'assistait.

La section reste, dans le Conseil d'Etat, la base de l'organisation nouvelle dont elle constitue l'unité d'étude et de préparation ; on

respectait la règle traditionnelle de la division du travail. Le mode de nomination des conseillers d'Etat par l'Assemblée, emprunté au régime de 1849, devait être modifié par la loi constitutionnelle du 25 février 1875 qui rendit au Gouvernement cette prérogative.

Mais la loi du 24 mai 1872 tout en reprenant les attributions traditionnelles du Conseil d'Etat devait en faire un organisme principalement administratif et juridictionnel, par exception seulement législatif (1).

Les fonctions législatives du Conseil d'Etat font l'objet de l'article 8 de la loi de 1872 ainsi libellé :

« Le Conseil d'Etat donne son avis :

» 1° Sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée nationale juge à propos de lui renvoyer ;

2° Sur les projets de lois préparés par le Gouvernement et qu'un décret spécial ordonne de soumettre au Conseil d'Etat ;

» 3° Sur les projets de décret et en général sur toutes les questions qui lui sont soumises par le Président de la République ou par les ministres. »

« Il est appelé nécessairement à donner son avis sur les règlements d'administration publique et sur les décrets en forme de règlements d'administration publique. »

Le dernier alinéa porte : « Le Conseil exerce en outre, jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, toutes les attributions qui étaient conférées à l'ancien Conseil d'Etat par les lois ou règlements qui n'ont pas été abrogés ».

La simple lecture du texte nous fait apparaître le seul caractère reconnu au Conseil d'Etat en matière législative, celui de « donneur d'avis ». Mais le Conseil n'est consulté qu'à titre facultatif par le Gouvernement ou par les Chambres au sujet des projets de lois : seuls les règlements d'administration publique et les décrets rendus en la forme des règlements d'administration publique doivent obligatoirement être l'objet d'un avis du Conseil d'Etat.

Une réminiscence du Conseil d'Etat impérial a poussé le législateur à rendre aux conseillers l'ancienne prérogative de soutenir devant le Corps législatif les projets de lois qui avaient fait l'objet de l'examen du Conseil. Encore faut-il souligner la rareté de cette fonction confiée à un double titre à l'arbitraire du Gouvernement :

(1) Voir second rapport de M. BATBIE.

non seulement celui-ci avait la faculté de ne soumettre aucun projet au Conseil, mais encore il n'était pas obligé d'en confier la défense à un membre du Conseil.

En matière législative, le Conseil d'Etat fait moins figure d'un pouvoir subordonné que d'un agent dévoué aux Chambres et au Gouvernement qui à leur gré pouvaient mettre en valeur l'institution ou la laisser dans l'ombre.

Le rapporteur qui avait taxé d'exceptionnelles les attributions législatives du nouveau Conseil d'Etat avait au contraire longuement insisté sur le rôle juridictionnel dont il voulait qu'on dotât l'institution restaurée.

Ce fut en effet, malgré de nombreuses résistances et spécialement à l'encontre des amendements proposés par MM. Baudot et Savary, que fut adopté, sur l'intervention de M. Barbie, le texte définitif de l'article 9 de la loi de 1872 donnant au Conseil d'Etat un pouvoir propre en matière de contentieux administratif. D'après cet article, « le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse, administrative et sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir formées contre les actes des diverses autorités administratives ».

Cette réédition du précédent de 1849 avait amené les membres de la commission législative à préciser leur pensée :

« Au lieu de n'attribuer au Conseil d'Etat, dit le rapporteur, que la préparation des projets de décrets et d'exiger pour les rendre exécutoires la signature du chef du pouvoir exécutif, nous avons délégué à l'assemblée délibérante au contentieux et même à la section du contentieux le droit de décider par de véritables arrêts. »

Le Conseil d'Etat, devant statuer désormais en dernier ressort sur le contentieux administratif et le recours pour excès de pouvoir, ne donnait plus un simple avis ; il détenait un pouvoir propre : c'était un véritable tribunal.

Si la question si controversée de la nécessité d'une juridiction administrative n'était pas ici l'objet d'un développement superflu, nous pourrions dire que toutes les assemblées qui ont eu à se prononcer sur ce sujet sous les régimes politiques les plus différents ont reconnu qu'il faut, pour bien juger les litiges qui composent le contentieux administratif, des lumières spéciales puisées dans le manie- ment des affaires administratives. On pourrait ajouter que l'expérience a justifié cette opinion et que la jurisprudence du Conseil

d'Etat a protégé les citoyens contre les excès de zèle de l'autorité administrative souvent plus efficacement que ne l'avait fait la Cour de Cassation. On pourrait dire aussi qu'il est du plus haut intérêt pour le Gouvernement et pour les citoyens qu'une procédure simple, rapide, souvent même absolument gratuite permette à tous les justiciables de faire parvenir leurs réclamations jusqu'à la juridiction suprême, jusqu'au Conseil d'Etat qui remplit à la fois le rôle de juge de droit commun, de Cour d'Appel et de Cour de Cassation en matière administrative. On pourrait ajouter enfin que l'exemple de la France devait être suivi par beaucoup de pays étrangers et que les faits ont prouvé en faveur de la juridiction administrative qui ne fut jamais rejetée par les constitutions qui en avait accepté le principe.

Mais le développement des attributions contentieuses du Conseil d'Etat devait entraîner l'affaiblissement progressif des fonctions législatives de l'organisme.

Poussé par le scrupule ou amusé par l'ironie, M. Batbie, le rapporteur souvent cité de la loi de 1872, s'était surpris à dire malgré ses faveurs pour le rôle juridictionnel du nouveau Conseil d'Etat :

« Cependant l'exception pourra devenir la règle, car si les membres du Conseil d'Etat le veulent, ils attireront la confiance soit de l'Assemblée, soit du Gouvernement, si bien, on peut l'affirmer sans trop s'avancer, que la préparation des lois, bien qu'en droit elle ne lui soit conférée qu'exceptionnellement, deviendra l'attribution la plus importante du Conseil d'Etat. »

L'avenir allait montrer la cruelle ironie de ce présage.

SECTION II.

LA LÉGISLATION CONTEMPORAINE

La Constitution de 1875 est muette sur les attributions du Conseil d'Etat.

Mais on s'aperçut vite de l'exiguité dans laquelle on avait confiné l'institution. La loi de 1872 et le décret réglementaire du 21 août 1872 ne prévoyaient que quatre sections dont une contentieuse et trois administratives ; à ces dernières étaient renvoyés les projets de lois dont l'examen était confié au Conseil par l'Assemblée nationale ou par le Gouvernement. La loi du 13 juillet 1879 tenta d'élargir le cadre

en ressuscitant la section de législation qui comprenait un président et cinq conseillers d'Etat. Un décret du 2 août 1879, modifié par un décret du 3 avril 1886, est venu compléter cette loi et préciser les attributions de l'assemblée générale du Conseil à côté des fonctions des sections.

Les lois des 11 juin 1880 et du 5 avril 1884 ne semblent intervenir que pour mieux montrer la dépendance du Conseil d'Etat en matière législative et souligner la nécessité d'un texte législatif ou d'un décret du Gouvernement pour permettre au Conseil d'émettre un avis : la première de ces lois dans son article 2 soumet obligatoirement au Conseil les projets autorisant les chemins de fer d'intérêt local ; la seconde impose la même procédure pour les projets relatifs à la création de nouvelles communes ou de syndicats de communes.

Certains projets de lois tendaient même à réduire la fonction législative, déjà dérisoire, abandonné au Conseil d'Etat. Déjà en 1879, alors que la Chambre allait voter le renvoi d'un projet devant le Conseil d'Etat, le député Gatineau, partisan de l'omniscience parlementaire, s'écriait en pleine assemblée : « Mais en quoi le Conseil d'Etat peut-il vous éclairer ? » (1).

A la séance du 10 mars 1891, n'entendait-on pas le Garde des Sceaux, M. Fallières, demander la suppression pure et simple de la section de législation pour permettre la création d'une seconde section du contentieux.

Le 15 janvier 1894, une autre proposition de loi, défendue par M. Dubost, ministre de la Justice, tendait à conserver la section de législation à côté des deux sections du contentieux, mais à affecter simultanément les membres attachés à la première section à une autre section administrative ; c'était encore indiquer la place exiguë laissée aux attributions législatives du Conseil d'Etat.

Le caractère de tribunal administratif supérieur qu'avait acquis le Conseil d'Etat s'accroissait déjà et le nombre des affaires contentieuses qui lui étaient soumises directement ou par appel des décisions des conseils de préfecture suivait une progression constante : la loi du 31 juillet 1875, relative aux élections des conseils généraux, chargeait le Conseil d'Etat de statuer en premier et dernier ressort sur les protestations qui étaient élevées.

(1) « J. O. », 8 juin 1879.

L'article 40 de la loi du 5 avril 1884 encourageait les procédures en attribuant un effet suspensif aux pourvois formés contre les décisions des conseils de préfecture lorsqu'elles prononçaient l'annulation d'élections municipales.

La moyenne annuelle des affaires jugées tant par la section du contentieux que par l'assemblée générale statuant au contentieux s'élevait d'année en année et passait de 1403 en 1872 à 1724 en 1883.

Aussi le pouvoir propre en matière contentieuse, conféré par la loi de 1872 à la fois à l'assemblée générale du Conseil d'Etat et à la section du contentieux, devait être encore élargi par la création d'une section temporaire du contentieux à laquelle la loi du 26 octobre 1888 et les décrets du 10 novembre 1888 conféraient également une juridiction propre en matière d'élections, contributions directes et taxes assimilées.

Deux ans plus tard, l'article 24 de la loi des Finances du 13 avril 1900 autorisait la division de la section du contentieux en deux sous-sections dotées des mêmes pouvoirs que la section elle-même, et le décret du 16 juillet 1900, portant règlement d'administration publique, organisait les nouvelles créations contentieuses auxquelles elle donnait à l'une le président de la section et trois conseillers, à l'autre quatre conseillers.

La loi du 17 juillet 1900 et le décret du 4 août 1900 rendu par application de celle-ci, modifiaient la législation antérieure et comportaient de nombreuses dispositions relatives à l'organisation contentieuse nouvellement élargie.

Une nouvelle réorganisation d'ensemble du contentieux était conçue dans les articles 96 et 97 de la loi de Finances du 8 avril 1910 : ce fut le décret du 31 mai 1910 qui posa les bases d'une nouvelle réglementation comportant, outre modification du personnel et des règles de compétence, la création d'une section spéciale du contentieux consacrant ainsi un état de fait qui durait depuis vingt ans. Cette législation peut se résumer ainsi : la section du contentieux est divisée en trois sous-sections ainsi que la section spéciale ; chacune de ces six sous-sections a les mêmes pouvoirs que la section elle-même. C'était admettre un singulier élargissement des fonctions contentieuses du Conseil et faire bénéficier les plaideurs d'une décentralisation qu'exigeait le nombre toujours croissant des litiges soumis à l'examen du Conseil d'Etat.

Mais les modifications établies en matière juridictionnelle par le législateur de 1910 parurent vite insuffisantes à ceux qui rêvaient de ne faire du Conseil d'Etat qu'un tribunal administratif.

Pour parer à la progression constante des affaires contentieuses adressées au Conseil, le Garde des Sceaux Naïl (1) déposait à la Chambre des Députés, le 12 septembre 1918, un projet qui tendait à diviser chaque section contentieuse en cinq sous-sections au lieu de trois et à donner un pouvoir propre de juridiction aux sous-sections de la première section qui n'avaient jusque-là qu'un rôle d'instruction.

Ce projet qui aboutissait à l'organisation de treize formations contentieuses devait être repris le 20 février 1920 par M. Lhopiteau, nouveau Garde des Sceaux (1).

En 1921 (2), la commission des Finances du Sénat, par l'organe de son rapporteur, le sénateur Boivin-Champeaux, démontrait que la haute juridiction administrative était dans la double impossibilité de liquider son arriéré et de satisfaire aux besoins du service courant. Elle adoptait le projet déjà accepté par la Chambre : celui-ci consistait dans la dotation d'une quatrième sous-section investie du pouvoir de juger pour seconder la section spéciale et érigeait au titre de juge de droit commun la section du contentieux qui, renforcée d'une sous-section et divisée en deux chambres de cinq membres chacune, statuait aux lieu et place de l'assemblée publique du contentieux composée de dix-neuf membres.

Cette « campagne » qui avait pour but d'augmenter les formations contentieuses du Conseil d'Etat fut encore soutenue par MM. Catalogne et Lemery les 25 mars et 27 décembre 1922 ; elle devait aboutir, après le projet déposé par M. Colrat, Garde des Sceaux, au nom du Président de la République, à la loi du 1^{er} mars 1923, symbole de la tendance contemporaine à faire surtout du Conseil d'Etat un tribunal administratif et à minimiser le rôle jadis glorieux de notre institution, en matière législative et administrative.

(1) *Revue de Droit public et science politique* 1918, p. 509 ; 1920, pp. 73 et 558.

(1) *Revue de Droit public et science politique* 1918, p. 509 et 1920, p. 73 et 558.

(2) « J. O. », Doc. parlem. Sénat 1921, n° 325.

Paraissant vouloir montrer que ce fut au détriment de ses attributions législatives que le Conseil d'Etat vit augmenter ses fonctions contentieuses, le législateur de 1923 supprima en effet des membres de la section de législation pour en faire bénéficier l'organisation contentieuse.

D'après l'article 2 de la loi, la section du contentieux est juge des affaires qui relèvent de la juridiction contentieuse du Conseil d'Etat, à l'exception des affaires de contributions directes et d'élections.

Elle est divisée en quatre comités qui dirigent l'instruction et préparent le rapport des affaires ; elle se constitue en deux sous-sections pour le jugement des procès.

Le décret du 4 août 1923 est venu compléter la loi. Dans son article 11, il prévoit que la section spéciale du contentieux sera divisée en trois sous-sections qui ont les mêmes pouvoirs que la section elle-même et comprennent chacun quatre conseillers ; l'article 12 assimile les sous-sections à la section pour le jugement de toutes les affaires d'élection, de contributions directes et taxes assimilées.

Mais l'organisation prévue par la loi de 1923 ne devait pas permettre l'expédition complète des affaires litigieuses qui encombraient le greffe du Conseil d'Etat.

Le 26 janvier 1925, en invoquant les 5.800 affaires de contentieux ordinaire qui restaient encore à juger, M. René Renoult (1), Garde des Sceaux, proposait à la Chambre un projet de loi modifiant la loi du 1^{er} mars 1923 : il était de toute nécessité de confier l'instruction de toutes les affaires du contentieux ordinaire, non à un comité, mais au rapporteur lui-même de l'affaire, procédé suivi dans les sections administratives ; ainsi pourrait-on, sous le vocable de sous-sections, transformer les quatre comités d'instruction en organes de jugement.

Le législateur devait encore céder à la pression des faits et des attaques des réformateurs :

Les décrets-lois des 5 mai, 10 mai et 12 juillet 1934 allèrent en effet jusqu'à supprimer purement et simplement la section de législation. Il n'y eut plus que trois sections administratives : Intérieur, Finances, Travaux publics, pour assurer désormais les fonctions législatives et administratives du Conseil d'Etat.

(1) « J. O. », Doc. parlem, Chambre, 1925, n° 1122.

SECTION III

LA LÉGISLATION ACTUELLE

La crise politique et économique qui sévit encore actuellement en France devait avoir pour répercussion indirecte la création d'une nouvelle branche d'activité du Conseil d'Etat.

En effet les procédures de conciliation et d'arbitrage allaient devenir le principal mode de dénouement des conflits collectifs du travail.

Etabli ou plutôt remis en faveur par le législateur du 31 décembre 1936 et du 18 juillet 1937, l'arbitrage paraissait à une époque troublée un moyen sûr pour « établir un règlement équitable des conditions du travail en vue de créer aux lieux d'emplois une atmosphère de collaboration dans le respect des droits mutuels des parties ». La loi du 11 janvier 1938 devait encore proroger de quelques semaines une procédure en laquelle on avait mis tant d'espoir.

En édictant ces dispositions transitoires, le législateur avait l'intention de réglementer pour l'avenir un statut moderne du travail qui, en accordant aux ouvriers de larges prérogatives, aurait pour conséquence d'éviter les conflits dans une large mesure : ce statut est toujours à l'étude au moment où nous mettons sous presse. Nous ne doutons pas que le Sénat et la Chambre trouvent un texte transactionnel qui satisfasse ceux qui déjà ont fait le sacrifice de leurs intérêts particuliers.

Au cours des nombreuses procédures d'arbitrage qui eurent lieu en 1937, les membres du Conseil d'Etat furent souvent choisis pour arbitrer les conflits. Aussi le Gouvernement a-t-il vu la nécessité de créer au sein du Conseil d'Etat une section du travail.

Trois décrets d'administration publique, rendus le 13 janvier 1938 (1) en vertu des articles 69 et 85 et du tableau *i* de la loi du 31 décembre 1937, portant fixation du budget pour 1938, ont eu pour but de réaliser cette réforme en fixant à cinq le nombre des sections administratives que le décret-loi du 5 mai 1934 avait réduit à quatre.

(1) « J. O. », 14 janvier 1938, pp. 619 et s.

La nouvelle organisation résultant des décrets du 13 janvier 1938 laissait subsister les dispositions générales du décret du 2 août 1879 qui, pour avoir été modifié récemment par les décrets des 4 août 1930, 13 février 1932 et 24 juillet 1934, n'en constituait pas moins les assises du règlement intérieur du Conseil d'Etat encore en vigueur. Cependant la naissance de la section du travail modifiait ainsi la nomenclature des différentes sections :

L'article premier du décret du 13 janvier 1938 est ainsi conçu :

« Les projets et les propositions de lois renvoyés au Conseil d'Etat soit par les Chambres, soit par le Gouvernement, et les affaires administratives ressortissant aux différents ministères, sont réparti entre les quatre sections suivantes :

» 1^o Section de l'Intérieur, de la Justice, Education nationale et Beaux-Arts ;

» 2^o Section des Finances, Affaires étrangères, Guerre, Marine militaire, Air, Pensions et Colonies ;

» 3^o Section des Travaux publics, Agriculture, Commerce, Industrie, Postes, Télégraphes et Téléphone, Marine marchande ;

» 4^o Section du Travail, de la Prévoyance sociale et de la Santé publique. »

Quel sera le rôle de la section du travail, conçue dans une période troublée pour enrayer le mouvement gréviste et tenter de mettre fin aux conflits sociaux ? L'avenir lui donnera-t-il l'aspect d'un organisme d'études où l'on cherchera à résoudre, dans un statut nouveau, les problèmes complexes que soulèvent les questions ouvrières intimement mêlées à des phénomènes économiques et psychologiques. Peut-être, au contraire, la section du travail rivalisera-t-elle avec la section du contentieux pour dénouer, sous l'aspect d'une juridiction privée, les litiges qui ne manqueront pas de s'élever dans un domaine où patrons et ouvriers se considèrent trop souvent comme des ennemis irréductibles : nous assisterons alors à une nouvelle orientation contentieuse du Conseil d'Etat qui, depuis 1782, a persévéré dans cette voie au détriment du rôle législatif de l'institution.

Si de semblables présages peuvent paraître audacieux, il est certain néanmoins que l'instigateur de la réforme attache beaucoup de prix à la création de la section du travail. En effet, si l'article 2 du décret du 13 janvier 1938 emporte répartition des membres du Conseil entre les différentes sections contentieuses et de la nouvelle section du travail, il dispose que « des maîtres des requêtes et des

auditeurs appartenant aux sections administratives autres que la section du travail ou à la section du contentieux, peuvent être appelés, par décision du vice-président du Conseil d'Etat délibérant avec les présidents de section, à coopérer aux travaux de la section du travail ».

En plus de cette innovation qu'il apportait au sein du Conseil d'Etat, le législateur de 1938, en raison de l'importance croissante du rôle contentieux de l'institution, édicta dans le deuxième alinéa de l'article 2 du décret les dispositions suivantes : « Tous les maîtres des requêtes et auditeurs des sections administratives sont appelés à coopérer aux travaux de la section du contentieux pour les affaires de pensions, d'emplois réservés, de carte du combattant, d'élections, de contributions directes et de taxes assimilées ».

En confiant au Conseil d'Etat la préparation des lois et le jugement des litiges administratifs, le législateur de 1872 avait reconnu à l'institution l'exercice de deux attributions qui lui furent traditionnellement conférées.

Mais tandis que l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 n'envisageait que la faculté laissée au Parlement comme au Gouvernement de recourir à l'intervention du Conseil en matière législative, on reconnaissait à l'organisme un pouvoir propre en matière juridictionnelle ; en matière législative, le Conseil d'Etat donnait un avis facultatif dans les cas où on voulait bien avoir recours à son intervention ; en matière contentieuse, l'organisme rendait de véritables jugements dont la force exécutoire émanait du Conseil lui-même.

La législation contemporaine guidée par d'ardents partisans du rôle juridictionnel du Conseil d'Etat devait, nous l'avons vu, augmenter les créations contentieuses de notre institution au détriment de ses fonctions législatives.

On devait peu à peu oublier que le Conseil d'Etat put être consulté pour la préparation et la rédaction des lois et le Parlement se crut suffisamment instruit pour élaborer seul les textes législatifs.

En créant la section du travail, le législateur de 1938 ajoutait une section administrative à l'organisation réduite par les décrets-lois de 1934.

On pourrait être tenté de croire que les instigateurs de cette réforme avaient l'intention de donner au Conseil d'Etat prélegislateur une nouvelle facilité pour accomplir sa tâche mais telle ne paraît

pas voir été la pensée du législateur qui a institué la section du travail.

Cette nouvelle formation fut le fruit de la mise en vigueur de la procédure d'arbitrage en matière de conflits ouvriers.

L'orientation du Conseil d'Etat vers un accroissement toujours plus considérable des fonctions contentieuses nous apparaît donc clairement.

La responsabilité de la situation actuelle revient à notre sens aux promoteurs de la loi de 1872 qui réduisirent le rôle législatif de notre institution à une participation éventuelle, accidentelle, tout en reconnaissant dans l'article 8 le principe de la collaboration du Conseil à la loi, le législateur de 1872 s'était refusé à en assurer le fonctionnement pratique.

CONCLUSIONS DE LA DEUXIEME PARTIE

Que conclure d'un trop rapide examen historique de notre institution ? Quel enseignement retirer de l'évolution du rôle législatif du Conseil d'Etat ?

SECTION I

LA VITALITÉ DU CONSEIL D'ETAT

Comment d'abord ne pas être frappé par la vitalité d'un organisme qui, après avoir été l'instrument du pouvoir royal pendant les longs siècles de l'ancienne Monarchie, puis restauré par le Consulat, s'imposa à tous les régimes, sous les gouvernements les plus autoritaires comme sous les principes les plus débonnaires ?

La Monarchie et l'Empire doivent au Conseil d'Etat une grande part du prestige qui entoura leur trône. On reconnut aisément plus tard le besoin de créer, au milieu de l'instabilité parlementaire, un corps permanent, vivant aussi éloigné que possible de la politique d'actualité et se consacrant à l'étude des textes législatifs et des affaires quotidiennes de l'administration.

Du gouvernement le plus absolu à la démocratie qui se dirige elle-même, on retrouve notre institution ; son rôle primordial reste le même et ses services témoignent d'une égale utilité. Ici, elle guide, elle modère, elle soulage, elle remplace le souverain ; là, elle éclaire, fortifie les ministres responsables ; plus loin, elle corrige l'intempérance des assemblées populaires ; ailleurs, elle contrôle le pouvoir exécutif : bref, elle lubrifie tour à tour chacun des rouages multiples du gouvernement d'un peuple ; elle est créée pour assurer la parfaite harmonie du régime sous lequel elle vit et pour supprimer les frottements et saccades qui pourraient nuire aux relations mutuelles des différents pouvoirs.

Répondant toujours aux besoins de ceux qui ont créé ou réorganisé le Conseil d'Etat, celui-ci fut toujours un correctif à l'impétuosité de l'Assemblée ou un frein aux penchants arbitraires des souverains.

SECTION II

LES ATTRIBUTIONS ESSENTIELLES DU CONSEIL D'ETAT

Tel fut le rôle politique du Conseil ; il en faut chercher la cause dans l'exercice des attributions naturelles de l'institution. Quelles sont-elles ? On ne saurait admettre que, dès l'origine la plus lointaine du Conseil du Roi, ce dernier possédât un rôle défini et des fonctions strictement limitées par les prérogatives d'un autre pouvoir ; on ne peut cependant se refuser à donner à l'organisme qui n'avait aucun pouvoir propre le seul caractère qu'il possédait alors : celui de conseil, de donneur d'avis dans les matières les plus diverses. Mais alors que les attributs du pouvoir n'étaient pas encore différenciés, nul ne pourrait prétendre nettement distinguer les attributions proprement législatives des fonctions administratives ou juridictionnelles du Conseil. A partir du XIV^e siècle cependant les fonctions législatives de l'institution sont dégagées des attributions secondaires. L'exercice de la justice est délégué aux parlements et l'administration active était déjà l'apanage des intendants ; l'institution nous est apparue comme le conseil de la royauté dans l'exercice du pouvoir législatif.

LAFERRIÈRE (1) jugeait ainsi le Conseil d'Etat de l'ancien régime :

« Le Conseil du Roi était devenu le dépositaire le plus direct de la volonté royale par ses vastes attributions que l'on peut classer de la manière suivante :

- » 1^o Travail préparatoire pour la rédaction des ordonnances ;
- » 2^o Législation en matière de police générale ou de règlement d'administration publique ;
- » 3^o Conseil politique et administratif pour le Gouvernement du roi ;
- » 4^o Contrôle supérieur sur tous les actes des intendants ;
- » 5^o Juridiction administrative soit en appel soit au premier degré s'il s'agissait de l'exécution des ordonnances ;

(1) Op. cit., tome I, p. 156.

» 6° Enfin droit de cassation et de règlement de juges à l'égard des parlements. »

Le Conseil d'Etat de l'ancien régime avait été la forteresse de la royauté.

La Révolution de 1789 en posant le principe de la séparation des pouvoirs permit de déterminer la position exacte que devait prendre le Conseil d'Etat renaissant à côté des attributs désormais distincts de la puissance publique.

L'Histoire nous permet d'affirmer que ce furent toujours de fonctions consultatives dont les différents régimes dotèrent l'institution :

Le Consulat et l'Empire firent du Conseil d'Etat l'instrument du pouvoir exécutif mais à la fois dans les fonctions législatives et administratives de celui-ci.

Le Conseil d'Etat, qui fut réorganisé dans le silence des Chartes des 4 juin 1814 et 14 août 1830, conserva une partie des attributions d'ordre législatif et administratif qu'il avait eues sous les régimes précédents.

La Constitution du 4 novembre 1848 et la loi du 3 mars 1849 reconnaissaient également à notre institution le rôle législatif qui l'avait rendu célèbre en l'An VIII ; contrairement aux traditions monarchiques le Conseil d'Etat est même considéré comme l'auxiliaire direct du pouvoir législatif auquel il est rattaché par l'élection de ses membres ; les fonctions législatives de notre institution constituent encore alors son rôle essentiel.

La Constitution du 14 janvier 1852 et les sénatusconsultes du Second Empire amenaient naturellement la restauration de l'ancien Conseil d'Etat impérial : avant tout auxiliaire du pouvoir exécutif et, à ce titre, conseil législatif et administratif au premier chef.

En 1872, le Conseil d'Etat paraissait avoir revêtu principalement dans l'Histoire le caractère de conseiller des pouvoirs exécutifs ou législatifs : il avait joué ce rôle sous la forme républicaine comme sous l'aspect monarchique du Gouvernement. L'institution n'avait reçu aucun pouvoir propre en matière législative ou administrative ; créé pour donner des avis, le Conseil d'Etat avait conservé cette fonction à travers l'histoire en dirigeant ses efforts dans les domaines législatif et administratif.

Il était alors normal de considérer comme une attribution essentielle de notre institution ce rôle de conseil législatif qui avait contribué profondément à immortaliser l'œuvre de Colbert et de Napoléon

et on pouvait supposer que la loi organique que l'Assemblée nationale avait mis en chantier rendrait au Conseil une fonction séculaire et conserverait à l'institution la physionomie que la Révolution elle-même n'avait pas modifiée.

SECTION III

LA NOUVELLE ORIENTATION DONNÉE A L'ACTIVITÉ DU CONSEIL D'ÉTAT PAR LA LOI DE 1872

Nous avons vu comment le législateur de 1872 qui ne comptait prendre qu'une mesure transitoire s'était inspiré du précédent créé par la loi du 3 mars 1849 pour doter le Conseil d'Etat du pouvoir propre en matière de contentieux administratif.

La Constitution de 1875 ayant passé sous silence le rôle du Conseil d'Etat, c'est la loi du 24 mars 1872 qui a imprimé le caractère de tribunal administratif reconnu aujourd'hui à notre institution.

La législation récente a donc eu pour but d'orienter le Conseil d'Etat vers une activité juridictionnelle qu'il n'avait jamais connue à ce degré. Si nous ne pouvons nier que le Conseil du Roi sous l'ancien régime, le Conseil d'Etat sous Napoléon et la Restauration ait déjà exercé des fonctions contentieuses, l'organisme n'avait, sous ces régimes, aucun pouvoir propre en la matière : ses avis étaient rendus sous forme d'ordonnances ou de décrets ; ils n'avaient aucunement le caractère d'un jugement.

Or le xx^e siècle marque un envahissement des questions contentieuses au sein du Conseil.

Le nombre des sections chargées de juger les litiges administratifs est à trois reprises augmenté.

Peut-on alors s'étonner qu'ait été peu à peu anéantie l'autre fonction du Conseil : son activité en matière législative.

Mais devons-nous nous contraindre à voir progressivement abandonné le rôle jadis prépondérant du Conseil dans la préparation, la rédaction, l'interprétation des textes législatifs ? Les fonctions juridictionnelles et les attributions législatives seraient-elles exclusives l'une de l'autre au sein d'une même institution ? L'Histoire montre pourtant que leur voisinage fut de longue durée ; nous nous efforçons alors de concilier deux attributions traditionnelles.

Troisième Partie

**Essai d'une restauration du Conseil d'Etat
dans ses attributions législatives**

Introduction

Si l'Histoire a démontré qu'il fut relativement facile d'organiser le pouvoir exécutif tantôt sur une seule tête, tantôt sur un Gouvernement de ministres responsables, ou de trouver au pouvoir judiciaire une organisation qui englobât la plénitude de ses attributions naturelles, elle a prouvé que la réglementation de la puissance législative fut la pierre d'achoppement de tous les régimes.

L'autorité législative est en effet la plus étendue et la plus difficile à exercer d'une manière appropriée à tous les besoins du pays : elle crée sans cesse, alors que les autres pouvoirs n'ont pour mission que d'écouter sa volonté et la faire exécuter ponctuellement. La voix du législateur étant celle du commandement, quoi de surprenant à ce qu'elle soit revendiquée par le plus fort et que le roi, l'empereur, l'anation elle-même se soient disputés son autorité. Mais le pouvoir législatif est également le plus complexe, le plus difficile à organiser à cause des éléments multiples qui concourent à son exercice. Aussi devons-nous, avant même de proposer un système propre à améliorer l'exercice de l'autorité législative, essayer d'analyser le processus législatif, de délimiter le domaine de la loi.

Notre étude préliminaire aura pour but de distinguer l'élément essentiel où réside la prérogative de l'autorité législative, des fonctions secondaires qui concourent à la formation de la loi sans porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

Nous concevrons ensuite la manière la plus propre à assurer la sauvegarde de l'indépendance du pouvoir législatif et son meilleur fonctionnement :

1° En assurant l'exercice des attributions législatives du Conseil d'Etat reconnues en droit par la loi de 1872 et laissées à l'institution par la Constitution de 1875 ;

2° En construisant en théorie l'organisation d'un Conseil d'Etat doté non seulement de la préparation juridique de toutes les lois, de l'interprétation de celles-ci mais encore du droit d'initiative en matière législative et de l'exercice du pouvoir réglementaire.

Titre préliminaire

LOI ET ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES

Sous les premiers Rois Francs, nous avons déjà discerné, dans le concept de loi, deux idées différentes : la formation d'un texte obligatoire et l'exécution des dispositions contenues dans celui-ci.

Nous avons même entrevu les différentes phases du processus législatif : préparation, vote, publication, interprétation de la loi.

Bien que sous la Monarchie, les pouvoirs furent toujours confondus et réunis sous le sceptre royal, il apparaissait dans les capitulaires « *pro lege tenenda* » qu'étaient distingués le vote manifesté alors par le consentement populaire dans les assemblée générales et les autres éléments qui concouraient à la formation de la loi : initiative, élaboration du texte, publication.

Le prestige grandissant de l'autorité royale devait supprimer rapidement tout droit au peuple de concourir à la formation de la loi : le roi seul détenait l'autorité législative, exécutive et judiciaire ; on ne distingua plus la fonction législative essentielle qui réside dans le vote de la loi, des fonctions secondaires, car toutes étaient réunies dans la même main.

La Révolution de 1789, en établissant le principe de la séparation des pouvoirs devait remettre en lumière les différentes fonctions des trois autorités qu'elle distinguait. Nombreux furent les juristes ou les politiciens qui tentèrent d'analyser le contenu du pouvoir législatif : on devait bâtir bien des théories destinées à définir la notion de loi par rapport aux autres actes de la puissance publique et à rechercher les différentes fonctions législatives.

Chapitre I

LA NOTION DE LOI

Dans ses maximes générales du droit, PORTALIS disait du pouvoir législatif qu'il « fixe par de grandes vues ».

D'AGUESSEAU (*Manuel*, T. 2, F^o 79) résumait ainsi sa pensée sur le même domaine : « la perfection des lois est d'être les plus simples et les plus générales possibles ; la loi ne doit être que l'expression d'un principe ».

Les *Essais sur la Charte* du COMTE DE LANJUINAIS portaient la même appréciation sur le caractère fondamental de la loi : « En toute matière, la loi doit énoncer avec les principes, les principales conséquences ; autrement il y a confusion des deux grands pouvoirs et suppression des garanties constitutionnelles ».

S'il nous faut joindre à l'avis de ces praticiens l'autorité des plus éminents juristes, nous saisissons dans la pensée de ceux-ci le même critère de généralité appliqué à la véritable loi :

M. BERTHÉLÉMY juge que le législateur devrait se tenir pour satisfait quand il a fixé les principes et les règles générales de l'organisation administrative, qu'il sort de son rôle et s'illusionne sur sa compétence quand il prétend déterminer lui-même les mesures d'application, les formes de contrôle, le détail des procédures.

MM. PLANIOL et RIPERT indiquent, dans leur *Traité élémentaire de Droit civil* (1), que la loi est une disposition générale qui a pour but de réglementer l'avenir.

M. HAURIOU, dans son *Droit administratif* (10^e édition, p. 56), donne de la loi la définition suivante : « La loi est une règle générale écrite à la suite d'une opération à procédure faisant intervenir

(1) Tome I, édition de 1932, p. 70.

des représentants de la Nation qui déclare obligatoire des rapports sociaux découlant de la nature des choses en les interprétant du point de vue de la liberté ».

Le seul caractère de généralité de la loi permet déjà d'opposer cette dernière à l'acte juridictionnel. En effet, le principe de l'autorité relative de la chose jugée autorise le bénéficiaire d'une grosse à n'en poursuivre l'exécution que contre les parties au procès ; une décision de justice n'est pas opposable aux tiers.

Mais ici se pose le problème de la nature juridique du pouvoir réglementaire. Si le décret individuel, l'arrêté s'opposent nettement à la loi, les actes réglementaires endossent le caractère de généralité que l'on ne veut reconnaître qu'aux textes législatifs ; on se plaît à dire que les actes réglementaires diffèrent des actes administratifs, encore qu'ils émanent des mêmes agents comme une prescription générale et impersonnelle diffère d'une mesure individuelle.

Comment alors trouver une définition de la loi qui pose un critérium susceptible de différencier le texte législatif du texte réglementaire ? Plusieurs doctrines (1) ont essayé de rechercher ce critérium :

La *théorie psychologique* pour laquelle légiférer c'est vouloir, administrer c'est agir distingue les actes d'après les fonctions psychologiques accomplies par leurs auteurs.

La *doctrine finaliste* n'envisage que le but poursuivi par les personnes physiques.

La *théorie formaliste* ou formelle classe les actes d'après les organes qui les accomplissent.

La *théorie objective* ou matérielle, au contraire, considère les éléments intrinsèques des actes et range ceux-ci par catégories.

Nous n'envisagerons ici que ces deux dernières doctrines qui seules, à notre avis, demandent quelque attention.

SECTION I

LA THÉORIE FORMELLE

Une théorie soutenue par d'éminents juristes, dont M. ROLLAND, a l'immense mérite de simplifier le problème soulevé par la nature

(1) Voir CAHEN : « La loi et le règlement », 1903, p. 46.

juridique de la loi et du règlement : elle repose sur le point de vue formel.

La loi est définie par M. ROLLAND (2) : « la décision la plus souvent générale, élaborée par les deux Chambres, conformément à une certaine procédure régulièrement promulguée et publiée par le Président de la République ».

Pour M. WALINE (3), la fonction législative n'est autre que l'activité du Parlement : la loi formelle c'est le texte voté par les deux Chambres et promulgué par le Président de la République. Tout acte émanant du pouvoir législatif est une loi ; tout règlement, décret, arrêté, est un acte exécutif, puisqu'il est signé de l'autorité exécutive.

Tel est le principe établi par la théorie formelle qui fait découler la supériorité de la loi de la supériorité du Parlement et implique à l'acte administratif le caractère même de l'autorité chargée de la rendre. La qualité des actes est fonction de la qualification de l'autorité dont ils émanent.

C'est à ce point de vue formel que s'est placée l'autorité qui a élaboré la Constitution de 1875 pour laquelle la loi c'est l'acte du Parlement.

Il serait logique de dire que l'acte législatif est celui qui émane du Parlement, des Chambres, des assemblées qui exercent le pouvoir législatif, si l'Histoire n'avait pas révélé les usurpations du pouvoir judiciaire dans l'ancien régime, du pouvoir exécutif aujourd'hui en ce qui concerne précisément les fonctions législatives : en rendant des arrêts de règlement, les anciens Parlements usurpaient des attributions législatives ; par l'exercice du pouvoir réglementaire, par l'élaboration des décrets-lois, le Gouvernement, de nos jours, fait œuvre de législateur.

Pour définir correctement l'acte législatif, il nous apparaît donc qu'il faut non pas s'attacher à l'auteur de la loi mais considérer le contenu de l'acte ; nous aboutirons à une définition de la loi pris dans un sens matériel.

(2) Précis de droit administratif, édition Dalloz 1934, p. 43.

(3) Droit administratif, Sirey, 1936, p. 8

SECTION II

LA THÉORIE MATÉRIELLE

La théorie matérielle, dont MM. DUGUIT, JÈZE, BARTHÉLEMY et DUEZ sont les principaux défenseurs, conduit à admettre qu'une situation juridique générale, impersonnelle, objective ne saurait être créée que par une loi et que, par conséquent, toute décision statuant par voie générale est une loi alors même qu'elle n'émane pas du Parlement.

« L'acte législatif a, selon MM. BARTHÉLEMY et DUEZ (1), pour traits caractéristiques la généralité, la permanence, le caractère obligatoire et impératif, »

Pour MM. PLANIOL et RIPERT (2), la loi peut être définie « une règle sociale obligatoire, établie en permanence par l'autorité publique et sanctionnée par la force ».

D'après M. JÈZE (1), quels que soient la qualité de l'auteur de l'acte, les formes suivies, le nom donné à l'acte juridique, pour qu'il y ait acte législatif au sens matériel, il faut être en présence de la création d'une situation juridique, générale, impersonnelle, objective.

M. DUGUIT (2) estime également que tout acte législatif contient essentiellement une règle de droit, une norme juridique : c'est un acte-règle qui a exclusivement le caractère objectif.

Envisagée ainsi dans ses effets juridiques, la loi, au sens matériel du mot, est considérée indépendamment des organes qui lui donnent naissance : elle est également distinguée des contrats qui n'ont pas d'effets généraux, des actes juridictionnels auxquels on applique le principe de l'autorité relative de la chose jugée, des décrets simples qui ne concernent que des individus.

(1) Op. cit., p. 559.

(2) Op. cit., n° 144.

(1) Principes généraux du droit administratif, tome I, p. 28.

(2) Droit constitutionnel, 2^e édition 1921, tome I, p. 221.

SECTION III

LA NATURE JURIDIQUE DES RÈGLEMENTS

La nature juridique du règlement est l'objet des mêmes controverses que la définition de la loi : pour la théorie formelle, la qualification donnée à l'acte est fonction de l'auteur de l'acte : le règlement sera un acte administratif puisqu'il émane du Président de la République, du préfet ou du maire. Au contraire, pour M. JÈZE, la définition donnée à l'acte législatif concerne également l'acte réglementaire ; M. DUGUIT applique aussi aux règlements les éléments qu'il reconnaît à l'acte-règle : les partisans de la définition de la loi au sens matériel confondent loi et règlement, parce que tous deux édictent pour l'avenir des dispositions générales obligatoires pour tous.

On a tenté alors de rechercher une distinction entre les lois et les règlements qui permit de laisser ceux-ci à la compétence de l'autorité exécutive : contre la loi, aucun recours juridictionnel n'est admis ; on peut, au contraire, attaquer un règlement pour illégalité. Les règlements d'administration publique rentrent eux-mêmes dans cette catégorie depuis un arrêt retentissant du Conseil d'Etat en date du 6 décembre 1907 (S. 1908, 3, 1).

Le caractère administratif du règlement est, depuis cet arrêt, consacré par la jurisprudence du Conseil d'Etat ; cependant la théorie de la délégation législative est-elle incompatible avec l'admission du recours juridictionnel dirigé contre l'acte réglementaire ? Certains auteurs (1) n'admettent pas comme conséquence nécessaire de la délégation législative que le recours pour excès de pouvoir doive être refusé contre le règlement d'administration publique.

La Cour de Cassation elle-même, dans un arrêt du 24 octobre 1917 (affaire Guillon), a décidé que les règlements d'administration publique ne constituaient pas des actes administratifs spéciaux mais des dispositions générales qui participent ainsi au caractère de la loi.

Le recours juridictionnel contre l'acte réglementaire s'explique par le fait que le règlement complète la loi ou est rendu en exécution de celle-ci : le pouvoir exécutif ne saurait impunément violer le texte

(1) DUCROCQ, Cours de droit administratif, 7^e édit., tome I, p. 67.

législatif qu'il est chargé d'appliquer. Mais de ce que la loi n'est l'objet d'aucun recours devant les tribunaux alors que le règlement est soumis à la juridiction administrative, doit-on déduire que loi et règlement, au sens matériel, ne sont pas constitués par les mêmes éléments intrinsèques qui en font des dispositions générales, obligatoires et statuant pour l'avenir.

M. DUGUIT répond d'ailleurs lui-même à l'objection (1) :

« Il peut se faire que le droit positif d'un pays n'admette, en ce qui concerne la loi formelle, ni l'exception d'illégalité, ni le recours en annulation, et qu'au contraire exception et recours soient recevables contre les règlements. Toutes ces différences entre la loi et le règlement se rattachent au point de vue formel : loi formelle et règlement émanent d'organes différents et cela entraîne des différences au point de vue des voies de recours. Mais il reste qu'au point de vue juridique interne le règlement et la loi matérielle sont identiques. »

Dans cette controverse qui a abouti à faire du règlement un acte administratif au point de vue formel et une loi au point de vue matériel (2), qu'il nous soit permis de prendre position pour la qualification du règlement d'après la considération des éléments intrinsèques de l'acte : nous en ferons alors une loi secondaire, car les actes réglementaires ont tous les caractères spécifiques de la loi ; ce sont des dispositions d'ordre inférieur mais de même nature que celle-ci. DUCROCQ disait fort bien (3) : « Ils ont, comme la loi, la généralité de disposition, la réglementation de l'avenir, la force obligatoire, la sanction pénale ».

Nous jugerons que le règlement tient du caractère de la loi au même titre que l'érection du Sénat en Haute-Cour constitue un exercice du pouvoir judiciaire et que l'approbation par le Parlement de certains grands travaux est un acte administratif en forme de loi : nous nous placerons donc dans notre étude au seul point de vue matériel.

En admettant avec M. DUGUIT que toute décision statuant par voie générale participe du caractère de la loi même lorsqu'elle émane du pouvoir exécutif ou judiciaire, nous nous considérons en présence d'une « véritable délégation partielle de la puissance législative »

(1) Droit constitutionnel, tome II, p. 186.

(2) WALINE, op. cit., p. 8.

(3) Cours de droit administratif, n° 62.

accordée à l'autorité exécutive, selon l'expression de MM. PLANIOL et RIPERT (1), et nous surprenons à penser qu'une autorité jalouse a peut-être profité de l'inertie ou de la paresse du législateur pour spolier le pouvoir législatif de ses fonctions naturelles.

(1) Op. cit., n° 151.

Chapitre II

LES DIFFÉRENTES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES

En posant le principe de la séparation des pouvoirs, la Révolution de 1789 avait cherché davantage à confier à l'assemblée la discussion et le vote de la loi que l'initiative et la préparation de celle-ci. On avait souffert de l'arbitraire du prince soutenu par un pouvoir absolu : on ne reconnut la souveraineté du peuple que pour permettre à ce dernier d'être le propre juge de ses besoins en lui donnant le droit de légiférer.

Mais déjà la constitution de 1791 distinguait, dans l'article premier du chapitre III, l'initiative et le vote : elle réservait exclusivement celui-ci au Corps législatif et permettait au roi de concourir à celle-là.

Les articles 20 et 21 du chapitre V de la même Constitution envisageaient l'interprétation législative soumise au Corps législatif après deux cassations successives et un troisième pourvoi formé sur les mêmes moyens.

Initiative, vote, interprétation de la loi telles sont les différentes attributions législatives auxquelles nous joindrons l'exercice du pouvoir réglementaire puisque nous avons admis, avec les partisans de la théorie matérielle, que le règlement était une loi secondaire, que « le pouvoir réglementaire constituait une véritable délégation partielle de la puissance législative » (1).

De ces attributions législatives seule la votation constitue l'élément essentiel qu'on ne saurait soustraire à l'organe chargé par la

(1) PLANIOL et RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, 12^e édit., I, p. 73.

Constitution de l'autorité législative sans aller à l'encontre du principe de la séparation des pouvoirs.

L'Histoire montre, au contraire, que l'initiative de la loi fut souvent partagée entre le Corps législatif et le Gouvernement, que l'interprétation des lois émana parfois du Conseil d'Etat, que le pouvoir réglementaire fut enfin traditionnellement confié à l'autorité chargée de faire exécuter les lois. Ces dernières attributions législatives pourraient être considérées comme des fonctions secondaires, susceptibles de faire l'objet d'une délégation sans ravir à l'autorité législative sa « raison d'être ».

SECTION I

L'ATTRIBUT ESSENTIEL DU POUVOIR LÉGISLATIF : LA VOTATION

La phase essentielle de la formation de la loi, c'est la votation des représentants du pays sur l'objet d'un projet ou d'une proposition soumise à ceux-ci. Du vote résulte l'accord ou le désaccord des deux Chambres entre elles ; du vote naît la loi si un texte unique a été admis au sein des deux Assemblées par la majorité.

Peu importe le mode de scrutin, qu'il soit secret ou public, les Assemblées législatives détiennent, par la votation, un pouvoir de décision qui engage l'avenir et lie les citoyens.

En fait, la votation des lois fut toujours considérée comme l'apanage exclusif du corps législatif, la manifestation extérieure de l'autorité législative. Mais il y eut, dans l'Histoire, deux manières de voter : celle du corps législatif de l'Empire et celle du Parlement sous les constitutions républicaines.

L'Histoire a, en effet, dissocié le vote lui-même et la discussion qui, généralement, anime celui-ci.

Le Corps législatif Napoléonien, assemblée de muets, votait la loi sans la discuter ; les orateurs du Tribunat et du Conseil d'Etat étaient chargés de « présenter » les projets de lois et l'assemblée votait : oui ou non. C'était réduire considérablement la prérogative attribuée à l'organisme qui, en principe, contenait l'essence même du pouvoir législatif.

Mais le pouvoir de décision restait cependant au Corps légis-

latif ; ce dernier jouissait de l'exercice de l'élément essentiel de l'autorité législative.

Beaucoup plus outrancière encore fut la prétention des constitutions monarchiques de donner au chef du pouvoir exécutif le « dernier mot » en matière législative ; le droit de « sanction » reconnu au chef du Gouvernement qui peut tenir en échec la volonté des Chambres non seulement constitue un acte contraire au principe de la séparation des pouvoirs, entendu au sens strict, mais enlève à l'organisme chargé de faire les lois le pouvoir de décision définitive qui rentre dans ses attributions naturelles.

La prérogative qui doit être abandonnée au Corps législatif est celle qui lui est attribuée dans les constitutions républicaines : elle doit consister dans la votation des lois accompagnée de la discussion du projet ou de la proposition qui contient le germe du texte législatif. En aucun cas on ne pourrait permettre à l'autorité exécutive d'entraver le caractère obligatoire que l'organe législatif a décidé de donner à l'objet de sa délibération. Tout au plus peut-on reconnaître au chef de l'Etat le droit de veto suspensif, de demander aux Chambres une seconde délibération : ainsi, en effet, s'il y a retard dans la promulgation de la loi, du moins la fonction essentielle du corps législatif est-elle sauvegardée. Promulgation et publication des textes de lois votés par les Chambres doivent n'être considérées que comme des actes matériels accessoires destinés à porter à la connaissance des intéressés la législation élaborée, discutée et votée par les assemblées détentrices du pouvoir législatif.

Ainsi la votation de la loi restera l'élément essentiel du pouvoir législatif.

SECTION II

LES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES SECONDAIRES

La votation aboutit à la décision de la majorité qui donne naissance à la loi ; elle suffit à donner aux Chambres la « plénitude d'exercice de leurs attributions naturelles », suivant une expression chère à M. Jacquelin (cours de Droit administratif 1931-32, p. 26).

L'initiative de la loi, la préparation du projet soumis aux Chambres, l'interprétation de la loi, le pouvoir réglementaire, en tant qu'il

fait l'objet d'une délibération expresse du législateur, ne constituent alors que des fonctions législatives secondaires en tant qu'on les oppose à l'élément essentiel du pouvoir législatif : la votation de la loi.

§ 1. — *Initiative* (1).

L'initiative consiste dans le droit de saisir l'une ou l'autre Chambre d'un projet ou proposition de loi. L'Histoire nous apprend que le droit d'initiative de la loi fut l'objet de solutions extrêmes et en sens contraire.

Les constitutions de 1791 et de l'an III avaient réservé au seul corps législatif la prérogative de proposer les lois.

Par une réaction exagérée, la constitution de l'an VIII attribua ce droit au Gouvernement seul; ce fut l'objet des articles 25, 26 et 44; cette solution a été conservée par la Charte de 1814 et reprise dans la constitution de 1852.

La solution moyenne qui consiste à attribuer concurremment au pouvoir législatif et au pouvoir exécutif le droit d'initiative fut inscrite dans l'article 15 de la Charte de 1830 et l'article 49 de la constitution de 1848.

Le règlement de l'Assemblée Nationale rendu exécutoire par la résolution du 13 février 1871 attribue expressément au Président de la République le droit de présenter tous les projets de lois que bon lui semblait. Cette disposition est passée dans la constitution de 1875.

§ 2. — *Préparation*

La préparation des lois doit-elle être l'apanage exclusif de l'Assemblée qui les vote ? Nous ne le pensons pas et l'Histoire encore vient prouver que cette fonction fut souvent partagée entre les autorités législative et exécutive; d'ailleurs ne se rattache-t-elle pas au droit d'initiative puisque la tradition veut que cette dernière

(1) ESMEIN, op. cit., II, p. 148.

prérogative ne fut exercée que par des titulaires qui auront étudié et présenté un exposé des motifs, une analyse en articles témoins d'une élaboration méthodique du projet qu'ils soumettent à la décision du législateur.

Décision et préparation peuvent être logiquement dissociées sans nuire au droit essentiel du législateur toujours libre de discuter le travail qu'on soumet à sa sagacité.

§ 3. — *Interprétation* (1).

L'interprétation est l'explication donnée par le législateur de la volonté qu'il a émise dans une loi antérieure.

« Interpréter, disait Demolombe, c'est découvrir, c'est élucider le sens exact et véritable de la loi; ce n'est pas changer, modifier, innover ».

Il est incontestable que le législateur a le droit d'interpréter la loi qu'il a faite; et par pouvoir d'interprétation il faut comprendre non seulement le droit de remplacer un texte ambigu par un texte clair, mais encore, suivant l'expression de M. Barthélemy, « le droit d'assigner un sens déterminé à une loi obscure ».

Il est non moins certain que les lois interprétatives ne se confondent point avec la notion juridique de loi nouvelle. Pour Duguit une loi interprétative « ce n'est pas une loi nouvelle qui s'applique à des actes antérieurs à sa promulgation, c'est la loi ancienne déjà promulguée au moment où ces actes ont été faits et avec le sens que lui attribue la loi interprétative ».

Et cependant la nature juridique de la loi interprétative fait l'objet de nombreuses controverses et on a souvent confondu celle-ci avec la nouvelle loi accompagnée ou non d'un effet rétroactif.

Contentons-nous de déceler l'origine de véritables lois interprétatives dans l'histoire pour démontrer que celles-ci existent et ont reçu dans la pratique une telle dénomination.

La loi du 21 juin 1843, dont l'article 1 interprétait une dispo-

(1) DUGUIT, op. cit., tome II, p. 219.

JÈZE, Cours de droit public 1923-24, p. 22.

BARTHÉLÉMY, Revue de droit public, 1908, p. 465.

sition de la loi du 25 ventôse an XI, celle du 13 avril 1908, interprétant celle du 9 décembre 1905, la loi du 2 juin 1917, portant interprétation de l'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1916, enfin, récemment, celle du 31 mars 1922, sur les loyers, prouvent d'une manière péremptoire qu'il existe des lois interprétatives (1).

D'ailleurs, non seulement les juristes ont élaboré une théorie générale des lois interprétatives, mais encore la Cour de Cassation, dans un arrêt du 3 novembre 1909 (Rev. gén. d'adm., mai 1910, p. 45), a expressément admis que « les divers textes de la loi interprétative font corps avec la loi antérieure et rétroagissent au jour de la promulgation de celle-ci ».

Cette nouvelle fonction de l'interprétation législative étant dégagée, doit-elle être considérée comme un élément essentiel du pouvoir législatif ou peut-on, sans risquer de commettre une confusion de pouvoirs, déléguer cette attribution à un organisme qui n'ait pas le vote de la loi ?

Cette délégation fut reconnue en faveur du Conseil d'Etat dans le système de l'an VIII : la loi du 7 germinal an VIII autorisait la Cour de Cassation à indiquer au Gouvernement « les points sur lesquels l'expérience lui aurait fait connaître les vices ou l'insuffisance de la législation » ; le Gouvernement devait statuer par décrets rendus en la forme de règlements d'administration publique.

Louis XVIII, en partageant l'autorité législative entre le Roi et les Chambres, a réellement enlevé au monarque la prérogative de l'interprétation des lois qui fut, dès lors, reconnue aux Chambres législatives.

Toutefois irions-nous directement à l'encontre du principe *ejus est interpretari cujus condere legem* en prétendant que le droit d'interprétation appartient non pas au pouvoir qui vote la loi, mais à celui qui l'a élaboré juridiquement ?

§ 4. — Exercice du pouvoir réglementaire

D'après MM. Planiol et Ripert (2), on appelle pouvoir réglementaire « le droit accordé à certaines autorités d'établir des pres-

(1) Loi du 8 mars 1849 interprétant les articles 65 et 80 de la Constitution, le sénatusconsulte du 25 déc. 1852, interprétant les art. 2, 4, 12 de la Constitution, sont encore des exemples de lois interprétatives.

(2) Traité élémentaire de droit civil, t. I, p. 73.

criptions obligatoires pour l'avenir comme celles de la loi ». En étudiant la nature juridique du règlement nous avons estimé que celui-ci avait tous les caractères spécifiques de la loi; aussi concluons-nous maintenant que l'exercice de ce pouvoir n'est qu'une attribution législative secondaire.

Nous sommes en présence d'une véritable délégation de matières législatives au profit de l'autorité exécutive qui en fut traditionnellement la détentrice si on fait exception des arrêts de règlements rendus par les Parlements sous l'ancien régime.

Pour M. Duguit (1), « les préfets et les maires font des règlements de police qui constituent une véritable législation dans le cadre du département et de la commune ».

Qualifié d'attribution législative ou de fonction exécutive, il est certain que le pouvoir réglementaire fut toujours exercé par les agents du Gouvernement. Sous les noms de décrets généraux, règlements d'administration publique, d'arrêtés, nous distinguons aujourd'hui les actes réglementaires émanant du chef de l'Etat, des préfets et des maires. Les ordonnances de la Restauration et de Louis Philippe revêtaient le même caractère; bien qu'elles portassent le nom donné aux actes législatifs de l'ancien régime elles n'en avaient ni la force ni l'étendue.

(1) Op. cit., tome II, p. 182.

Titre I

LA NECESSITE DE CORRIGER LA LOI

Un des grands problèmes de l'heure présente est sans contestation le problème de l'activité législative, c'est le problème de la loi dont nous avons essayé de dissocier les éléments caractéristiques et les différentes phases d'élaboration .

A tort ou à raison, le Gouvernement, le Parlement, le public, l'opinion s'imaginent qu'on peut tout régler par des lois et en fait on réclame tous les jours des lois nouvelles; on s'aperçoit alors que les textes de lois votées ne réalisent pas les améliorations qu'on en attendait : la situation est mal réglée; on se bat pour supprimer les actes législatifs qui ont à peine été appliqués ou on éprouve un ardent désir de les modifier.

Les difficultés naissant de toutes parts de l'application de la loi ont fait surgir les polémiques des doctrinaires, des juristes, des publicistes qui, sous des formes variées, expriment la nécessité de donner un frein au pouvoir législatif.

Louis BLANC disait lui-même : « Il faut chercher un frein à ce despotisme de la loi, plus redoutable quelquefois et plus vaste que le despotisme de l'homme ».

La Nation n'est libre que si les Députés ont un frein », érigait en principe Benjamin Constant.

M. ESMEIN, lui aussi, pensait que « le despotisme des Assemblées délibérantes — l'expérience l'avait prouvé à ses yeux — n'est pas moins redoutable ni moins funeste que le despotisme des Monarques et des Dictateurs ».

A cette méfiance répandue à l'encontre du pouvoir législatif s'ajoute un nouveau motif d'entourer la naissance de la loi de précautions minutieuses ; la complexité des problèmes toujours plus nombreux et plus difficiles à résoudre sur lesquels les Chambres

sont appelées à statuer. Pour mener à bien une pareille tâche, la bonne volonté ne suffit pas, il faut en outre l'esprit de suite et la capacité. Or, le mode de recrutement des députés, leur renouvellement incessant, nuisibles à toute tradition stable, empêchent ces qualités de fleurir au sein des Assemblées légiférantes; et si les Chambres contiennent des hommes de valeur ceux-ci n'ont pas l'influence qui devrait légitimement leur revenir.

Comment peut-on remédier à ces multiples inconvénients ? De nombreuses solutions ont été préconisées : la « limitation du pouvoir législatif » fut la préoccupation des constitutions américaines en particulier; la recherche d'une amélioration du mécanisme législatif a été l'objet des projets de doctrinaires.

Dégageons quelques-unes des solutions admises ou des réformes proposées tant à l'Etranger qu'en France.

Chapitre I

A L'ETRANGER (1).

En Amérique, par suite de circonstances historiques spéciales et aussi parce que les doctrines de Rousseau n'avaient pas agi sur les esprits comme en France, on n'avait pas à l'égard de la loi cette superstition religieuse que nous avons vu s'implanter chez nous avec les idées de 1789. Au delà de l'Atlantique, en effet, on considérait la loi comme une œuvre humaine par conséquent faillible : on chercha alors à se garantir contre une atteinte portée aux droits de la minorité de la Nation, on crut légitime de prendre quelques précautions aussi bien contre le Pouvoir législatif que contre l'autorité exécutive. On chercha à faire de l'élaboration de la loi une œuvre de réflexion en entourant la discussion et le vote de mille précautions; on créa même parfois des « organes correcteurs » destinés à prévenir l'établissement d'un texte législatif contraire aux Droits de l'Homme ou à la Constitution.

SECTION I

LA PROCÉDURE LÉGISLATIVE AU SEIN DU PARLEMENT

Pour éviter d'abord qu'une seule Assemblée ne se laisse trop facilement convaincre par les apparentes qualités d'un projet soumis

(1) DARESTE, DELPECH et LAFERRIÈRE : les Constitutions modernes.

à sa seule décision, la plupart des Constitutions européennes ou américaines confient à deux Chambres le soin d'élaborer les textes législatifs. Ne constitue une loi véritable que le texte sur lequel les deux Assemblées se sont mises d'accord : c'est le système de la dualité des Chambres législatives propre à permettre une législation méditée par deux organes représentatifs qui se contrôlent l'un par l'autre.

C'est ainsi que la *Constitution de l'Argentine* (1) du 25 mai 1853, modifiée par la loi du 30 septembre 1919, possède un article 36 conçu dans les termes suivants :

« Un Congrès composé de deux Chambres, l'une de députés de la Nation et l'autre de sénateurs des provinces et de la capitale sera investi du pouvoir législatif ».

La *Charte Constitutionnelle de la République Tchèqueoslovaque*, en date du 29 février 1920 (2), comporte dans son article 6 les dispositions suivantes :

« Le pouvoir législatif est exercé pour tout le territoire de la République Tchèqueoslovaque par l'Assemblée nationale qui se compose de deux Chambres, la Chambre des Députés et le Sénat ».

Presque toutes les Constitutions posent en principe la dualité du Corps législatif; certaines admettent même la participation du Gouvernement à l'œuvre législative :

L'article 70 de la *Constitution de Bolivie*, du 17 octobre 1880 (3), est ainsi conçu : « Tout projet de loi sanctionné par les deux Chambres pourra faire l'objet d'observations du Président de la République dans le délai de dix jours à partir de celui où il lui a été transmis, mais seulement dans le cas où le Ministre au Département duquel se rapporte la loi n'a pas été présent à la discussion ».

Les observations ainsi formulées permettent aux Chambres de revenir sur leurs décisions; si le Corps législatif ne juge pas fondées les observations de l'organe exécutif elles doivent statuer à une majorité des deux tiers d'après l'article 71 de la Constitution.

La *Constitution des Etats Unis* du 17 septembre 1787 (4) accorde également au Président de la République un certain droit de veto

(1) DARESTE, op. cit., I, p. 7.

(2) DARESTE, op. cit., II, p. 823.

(3) DARESTE, op. cit., IV, p. 28.

(4) DARESTE, op. cit., IV, p. 34.

dont les modalités d'exercice sont contenues dans la Section VII, article 2 :

« Tout projet de loi qui aura été adopté par la Chambre des représentants et par le Sénat devra, avant de devenir loi, être présenté au Président des Etats Unis. Si celui-ci l'approuve il le signera; sinon il le renverra avec des objections à la Chambre où le projet a pris naissance; cette Chambre fera transcrire *in extenso* les objections du Président à son procès-verbal et procédera à un nouvel examen du projet. Si après ce second examen, il est approuvé par les deux tiers des membres de cette Chambre, le projet, avec les objections présidentielles, sera transmis à l'autre qui l'examinera à nouveau de la même façon, et s'il est approuvé par les deux tiers de ses membres le projet deviendra loi. Mais dans tous les cas de ce genre, les deux Chambres voteront par oui ou par non et les noms des membres qui voteront pour ou contre le projet seront portés au procès-verbal des Chambres respectives ».

Mais certains pactes constitutionnels donnent même au chef du Gouvernement une prérogative semblable à celle des Chambres : l'intervention du prince revêt le caractère d'une véritable sanction législative.

L'article 34 de la *Constitution de Roumanie* (2) exige l'accord des trois branches du pouvoir législatif : « le pouvoir législatif est exercé collectivement par le Roi et la représentation nationale, laquelle se divise en deux Assemblées, le Sénat et la Chambre des Députés; toute loi exige l'assentiment des trois branches du pouvoir législatif. Aucune loi ne peut-être soumise à la sanction du Roi qu'après avoir été discutée et votée librement par la majorité des deux

L'article 81 de la *Constitution de Colombie* précise qu'un acte Assemblées ».

législatif ne sera loi qu'après avoir obtenu la sanction du Gouvernement.

La *Constitution* du 3 septembre 1931 conférée à la *Yougoslavie* (2) dispose dans son article 26 : « le pouvoir législatif est exercé conjointement par le Roi et la représentation nationale ; celle-ci se compose du Sénat et de la Chambre des Députés.

La préparation et le vote du texte susceptible de devenir loi font

(1) DARESTE, op. cit., II, p. 362.

(2) DARESTE, op. cit., III, p. 348.

l'objet de minutieuses dispositions de la plupart des Constitutions étrangères.

Mus par le désir de ne faire discuter par l'organe législatif que des projets ou propositions de lois susceptibles d'être accueillis favorablement, les instigateurs de la *Constitution de Yougoslavie* (1) ont écrit dans l'article 63 les dispositions suivantes : « les projets de lois sont présentés après autorisation royale par les différents ministres; le droit de présenter des projets de lois appartient à tout membre de la représentation nationale dont la proposition est appuyée par écrit par un cinquième au moins des membres du Sénat et de la Chambre des Députés ».

Les textes sont étudiés par un rapporteur, arrêtés en Commission après discussion, au sein de ce Comité de préparation, des suggestions proposées par les membres, des problèmes soulevés par le rapporteur, des amendements provoqués par un membre du Corps législatif. Ce processus législatif est en vigueur dans toutes les Constitutions des Etats de l'Union de l'Amérique du Nord pour lesquelles « aucun projet ne pourra être discuté ni devenir loi s'il n'a été renvoyé à une Commission, rapporté par elle et imprimé pour l'usage des membres du Congrès ». (2).

Les textes constitutionnels eux-mêmes, parfois seulement le règlement des Chambres, contiennent cette obligation de recourir à l'étude des projets de lois au sein d'une Commission spéciale (Cf. Constitution de l'Albanie ci-après rappelée).

Après une préparation minutieuse dans les Commissions le projet est soumis au vote des Assemblées législatives, mais un texte ne devient loi qu'après une discussion préalable et une, deux ou trois délibérations prises dans certains cas à la majorité des deux tiers des voix.

La *Constitution de l'Albanie* du 7 mars 1925 (3), modifiée par une loi du 1^{er} décembre 1928, possède un article 32 ainsi conçu : « le vote des lois a lieu une fois en bloc et deux fois article par article à trois jours consécutifs. Les projets de loi déposés par le Gouvernement et examinés par une Commission spéciale formée confor-

(1) DARESTE, op. cit., III, p. 358.

(2) DARESTE, op. cit., VI.

(3) DARESTE, op. cit., II, p. 204.

mément à la loi sont soumis au vote en bloc à trois séances tenues à trois jours différents »).

Dans la plupart des *Constitutions des Etats de l'Union de l'Amérique du Nord* trois lectures à trois jours différents dans chaque Chambre sont nécessaires avant le vote final de la loi.

D'après l'article 72 de la *Constitution précitée de la Yougoslavie*, chaque projet de loi fera l'objet de deux votes au cours de la même session avant qu'il ne soit définitivement adopté.

La *Constitution de Norvège* du 17 mai 1814 établit la règle suivante dans son article 76 : « Lorsqu'un projet aura été adressé deux fois au Lathing par le Odelsting (les deux sections législatives) et retourné la seconde fois avec refus de le voter, le Storthing se réunira en Assemblée plénière et décidera à la majorité des deux tiers des voix ».

Le texte de l'article 81 de la Constitution du 5 août 1886 (1) promulguée en *Colombie*, dispose qu'aucun acte législatif ne sera loi s'il n'a été approuvé dans chaque Chambre en trois lectures, à des jours différents, à la majorité absolue des votes.

En *Luxembourg*, la Constitution du 17 octobre 1868, modifiée le 15 mai 1919 (2), décide dans son article 59 que toutes les lois seront en principe soumises à un second vote et qu'un intervalle d'au moins trois mois s'écoulera entre les deux votes.

L'article 80 de la Constitution du 9 juillet 1931, du *Vénézuëla* (3) soumet les projets de lois à trois discussions : « Lorsqu'un projet de loi aura été présenté, il sera lu et examiné pour décider s'il est admis, et, s'il l'a été, il sera soumis à trois discussions séparées chacune par un jour au moins en observant les règles établies pour les débats ».

L'article 49 de la *Constitution Hellénique* du 2 juin 1927 (4), dispose qu'« aucune proposition de loi ne peut être adoptée si elle n'a été discutée et votée par la Chambre à deux reprises et en deux séances séparées par un intervalle d'au moins deux jours, quant à son principe et par article à la première séance, par article et pour l'ensemble à la seconde ».

(1) DARESTE, op. cit., IV, p. 110.

(2) DARESTE, op. cit., II, p. 163.

(3) DARESTE, op. cit., II, p. 339.

(4) DARESTE, op. cit., I, p. 633.

Le simple exposé — incomplet d'ailleurs — des différentes phases de la procédure législative au sein du Parlement montre à quelle limite les constitutions mondiales ont poussé les précautions concernant l'élaboration de la loi. Par des procédés divers on a partout cherché à obtenir une législation raisonnée et approfondie; partout on a tenté d'éliminer la précipitation en obligeant le législateur à étudier les projets qui lui sont confiés et à ne voter qu'après connaissance de cause et mûre réflexion.

SECTION II

LE RÔLE DES ORGANISMES CORRECTEURS

Malgré les soins apportés par le législateur à la confection de la loi, on a cherché, en dehors du Parlement, à confier à certains organismes la fonction de participer à l'élaboration des lois ou de censurer l'acte législatif lui-même.

Ce rôle fut assumé par un Conseil, soit par une Cour Suprême ou par un Comité, ou encore par un Conseil d'Etat, toutes institutions chargées d'une manière générale de veiller sur la conformité de la législation avec les Droits de l'Homme ou les principes posés par la loi Constitutionnelle.

Déjà la *Constitution de l'Etat de New-York* du 20 avril 1877, établissait, « pour empêcher que l'on vote à la hâte et inconsidérément des lois incompatibles avec l'esprit de la Constitution et le bien public un Conseil composé du Gouvernement en exercice du Chancelier, des Juges de la Cour Suprême, qui avait pour mission de revoir les bills votés par les Chambres ». Ces bills ne devenaient lois qu'après examen de ce Conseil. Si le Conseil faisait des objections, il renvoyait le bill à celle des deux Chambres qui l'avait proposé et il ne devenait loi qu'avec la majorité des deux tiers.

La *Constitution de Pensylvanie* du 15 juillet 1776, après avoir reconnu que la Déclaration des Droits de l'Homme faisait partie de la Constitution (art. 46), établissait, dans l'article suivant, un Conseil de censeurs élus qui avait pour mission « d'examiner si la Constitution avait été conservée dans toutes ses parties sans la moin-

dre atteinte, si les corps chargés de la puissance législative et exécutive avaient rempli leurs fonctions comme gardiens du peuple, ou s'ils avaient exercé d'autres ou de plus grands droits que ceux qui leur étaient donnés par la Constitution. Pour remplir ce but, les censeurs avaient le pouvoir de faire des censures publiques, d'ordonner la poursuite des crimes d'Etat et de recommander au Corps législatif l'abrogation des lois qui leur paraîtraient avoir été faites dans les principes opposés à la Constitution ».

La Cour Suprême des Etats Unis, dès les premiers temps de la Constitution américaine, fut investie, sinon par cette Constitution, du moins par une jurisprudence contemporaine, du droit de juger les lois contraires à la Constitution et d'en refuser l'application.

Le système Américain qui consiste à instituer le pouvoir judiciaire gardien des droits et des limites du pouvoir législatif, a été copié dans la plupart des Constitutions américaines. On le retrouve notamment dans la Constitution Argentine du 25 septembre 1860 (article 101) et dans celle du Brésil du 24 février 1891. Dans ces différents pays l'institution a les mêmes caractères. Les Constitutions renferment des dispositions très détaillées, précises sur les droits respectifs des Etats particuliers et de l'Etat fédéral.

La Cour Suprême est chargée de faire respecter ces règles et procède non par voie de disposition générale, mais en refusant l'application d'un texte à un cas spécial qui lui est soumis.

La *Constitution de Colombie*, dont nous avons déjà parlé, révisée par la loi n° 1 de 1914, prévoit dans son article 141 nouveau, le rétablissement d'un Conseil d'Etat. Organe consultatif suprême du Gouvernement dans les affaires administratives, celui-ci doit être entendu dans tous les cas dans lesquels la Constitution ou la loi le prescrit; il prépare les projets de lois ou de Codes à présenter aux Chambres et propose les réformes convenables dans toutes les branches de la législation.

L'article 59 de la *Constitution de Luxembourg* du 17 octobre 1868, modifiée le 15 mai 1919, est ainsi conçu : « Toutes les lois sont soumises à un second vote à moins que la Chambre, d'accord avec le Conseil d'Etat, et siégeant en séance publique, n'en décide autrement ». — Le règlement d'ordre intérieur du 5 décembre 1877, dans son article 51, précise en effet qu'après le vote de l'ensemble

d'un projet de loi, le président consulte la Chambre sur la question de savoir s'il y a lieu à second vote, le projet de loi est renvoyé au Conseil d'Etat qui décide à son tour s'il y a lieu ou non à ce second vote.

D'après les termes de l'article 110 de la Constitution du 30 novembre 1887 (1) les *Pays Bas* ont confié l'exercice du pouvoir législatif au Roi et aux Etats Généraux divisés en deux Chambres. Celles-ci ont, selon l'article 117, le droit de présenter au Roi des projets de lois. Mais l'article 75 prévoit que « le Roi soumet à la délibération du Conseil d'Etat toutes les propositions à présenter par lui aux Etats Généraux ou à lui faites par les Etats Généraux, ainsi que tous les règlements d'administration publique du royaume ».

La loi du 21 décembre 1861 avait composé le Conseil d'Etat du Roi, du Prince d'Orange, d'un Vice-Président et de quatorze membres. Le Conseil devait être entendu notamment sur tous les projets de lois et les règlements d'administration publique. Un décret du 21 avril 1923 divise l'organisme en dix sections.

La *Constitution de l'Egypte* du 22 octobre 1930 (1) confie l'exercice du pouvoir législatif à un Parlement composé de deux Chambres, le Sénat et la Chambre des Députés et renferme, dans l'article 96, une disposition intéressante dictée par le besoin de coordonner les textes nouveaux avec la législation en vigueur : « Tout projet de loi, à l'exception des projets relatifs aux crédits budgétaires doit, avant d'être définitivement mis au vote, être soumis au point de vue de la forme légale et de la coordination avec la législation existante à un Comité de Juristes. Une loi déterminera la composition et le fonctionnement dudit Comité; elle déterminera également un nombre de parlementaires à lui joindre. Si le Comité ne formule pas son avis dans le délai qui lui sera fixé par la loi précitée, les Chambres peuvent procéder à la discussion et à l'adoption des projets ».

Certaines législations ont donc assigné une limite au plein exercice du pouvoir législatif par les Chambres. Tantôt l'autorité judiciaire se vit conférer le pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois, tantôt on donna à une institution comme le Conseil d'Etat ou un Comité de Juristes le pouvoir de contrôler la teneur des textes du

(1) DARESTE, op. cit, II, p. 231.

point de vue juridique, tantôt le Conseil d'Etat participa à l'élaboration législative au même titre que les Chambres.

Partout à l'Etranger on avait senti l'importance de la loi et le besoin d'entourer la formation de celle-ci de toutes les garanties nécessaires pour empêcher le vote d'un texte hâtif ou arbitraire.

En France, les diverses Constitutions qui se sont échelonnées depuis 1789 ont essayé par différents procédés d'assurer une législation conforme à l'intérêt public, mais la suppression du Conseil d'Etat, par haine du régime monarchique, devait favoriser dans les débuts de la Révolution l'éclosion des lois iniques, bâclées à l'élaboration desquelles n'avaient souvent présidé que des sentiments de vengeance.

Chapitre II

EN FRANCE

SECTION I

LES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES

La Révolution française avait instauré sur les ruines de la Monarchie absolue les principes de la souveraineté du peuple et avait posé non seulement la primauté du pouvoir législatif mais encore l'indépendance complète et les prérogatives illimitées des représentants du peuple en matière législative. Si le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire étaient alors désarmés, le pouvoir législatif n'avait aucun frein : contre les abus de celui-ci n'existait aucune garantie, aucune protection sérieuse.

Et cependant à n'envisager que les textes, il semble que les Constitutions de l'époque révolutionnaire aient eu conscience du danger et aient désiré y parer. *La Constitution de 1791* porte en effet ces termes dans son Titre I^{er}, § 3 :

« Le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution ».

Les Constitutions de 1793 et de l'an III garantissent à tous les Français la jouissance des Droits de l'Homme proclamés dans la Constitution.

Mais ces garanties sont purement verbales et elles restent lettre morte parce que la Constitution, après les avoir formulées, oublie

de sanctionner les défenses ou les droits qu'elle a solennellement reconnus; la seule barrière qui fut admise après de longues discussions fut le veto royal suspensif mais limité à trois législatures successives; celui-ci devait disparaître sous la Convention.

Sous le Directoire, l'existence de deux Chambres intervenant d'une façon distincte dans la confection de la loi constituait une garantie assez puissante contre les abus du Pouvoir législatif.

La Constitution de l'an VIII devait établir un corps spécial, le Sénat Conservateur, chargé de protéger la Constitution contre les atteintes des pouvoirs Exécutif et Législatif : c'était l'aboutissement d'un véritable mouvement d'opinion.

Le Sénat garda sous le Consulat et sous l'Empire son rôle général de protecteur de la Constitution tel qu'il ressortait des articles 21 et 37 de la Constitution de l'an VIII. On établissait même au sein du Sénat deux commissions spéciales de sept membres, l'une appelée « Commission sénatoriale de la liberté de la presse », l'autre « Commission sénatoriale de la liberté individuelle », qui avaient pour mission de protéger ces deux libertés contre les abus du pouvoir.

En 1814, le pouvoir législatif est limité par le Roi qui possède en même temps que l'initiative le droit de sanctionner et de promulguer les lois.

Plus restreinte en 1830, cette limitation du pouvoir législatif ne consiste que dans la sanction et la promulgation du Chef du Pouvoir exécutif

En 1848, l'exercice du pouvoir législatif par l'Assemblée n'est plus entravé que par l'obligation d'une nouvelle délibération si le Président de la République la juge nécessaire.

La Charte de 1814, celle de 1830, la Constitution de 1848, pour contenir comme les Constitutions de l'époque révolutionnaire des déclarations solennelles des libertés et des droits reconnus aux citoyens, ne se contentent pas moins de n'offrir à ceux-ci qu'une garantie purement morale et si elles déclarent qu'« il y a des droits et des devoirs antérieurs et supérieurs aux lois positives », elles ne précisent pas quels sont ces droits ni comment leur supériorité sera assurée dans la pratique.

Toutefois, la *Constitution du 4 novembre* 1848, qui donnait le pouvoir législatif à une Assemblée unique, avait créé à côté d'elle un corps spécial, le Conseil d'Etat, qui intervenait dans la confection de la loi et qui jouait, auprès de l'Assemblée légiférante, le rôle d'un

Conseil technique : on cherchait moins à limiter le pouvoir législatif qu'à le seconder.

L'article 75 de la Constitution de 1848 est en effet ainsi conçu :

« Le Conseil d'Etat est consulté sur les projets de loi du Gouvernement qui, d'après la loi, devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui aura renvoyés. Il prépare les règlements d'administration publique... ».

Avec la Constitution de 1852 on assistait à la réorganisation du Sénat des constitutions impériales, gardien du pacte fondamental des libertés publiques et chargé de s'opposer « à la promulgation des lois portant atteinte à la religion, à la morale, à la liberté des Cultes, à la liberté individuelle, à l'égalité des citoyens devant la loi et à l'inviolabilité de la propriété ».

Nous arrivons à la Constitution de 1875, qui régit encore actuellement les rapports des trois pouvoirs. Nous verrons plus loin comment le législateur de 1875 a conçu la question législative et s'il a cherché à imposer aux Chambres un contrôle ou un conseil.

SECTION II

LES SUGGESTIONS DES PROJETS RÉVOLUTIONNAIRES

Mais les Constitutions ne sont pas les seuls témoins de cette préoccupation de limiter ou tout au moins de cette préoccupation de limiter ou tout au moins d'organiser l'exercice du pouvoir législatif. Des projets proposés aux Assemblées révolutionnaires avaient été inspirés du même désir de limiter les prérogatives du Corps législatif.

CONDORCET demanda à l'Assemblée Constituante l'établissement d'un Conseil national élu, investi d'une mission semblable à celle du Conseil d'Etat de New-York; celui-là avait le droit, si un décret voté par le Corps législatif lui paraissait fâcheux, d'en suspendre la promulgation et d'informer le Corps législatif des motifs qui avaient inspiré son veto. Si le Décret était voté à nouveau, le Conseil pouvait encore s'opposer à son exécution mais il devait s'incliner si l'Assemblée confirmait une troisième fois sa décision.

KERSAINT, député de Paris, soumit à la Convention l'établissement d'un Conseil de Censeurs à l'imitation, il le dit lui-même, du Conseil de Censeurs de Pensylvanie. Il aurait principalement pour mission : « d'examiner les décrets du Corps législatif dans leur rapport avec les principes de la Constitution et des lois précédemment votées, de conserver et de défendre le dépôt sacré des lois constitutionnelles, de dénoncer toute infraction de ce genre au peuple et d'en poursuivre le redressement devant l'Assemblée ». Le Tribunal des Censeurs avait le droit de faire remettre en discussion les lois qu'il jugeait susceptibles d'observations, mais il n'avait ce droit que deux fois sur la même loi.

Les Députés de l'Isère et du Lot, MM. PRUNELLE et BLAVIEL, proposèrent également à la Convention, l'un de créer un Tribunal de conscience du Peuple, l'autre une Magistrature des droits du peuple, dont les attributions plus vagues tendent à restreindre le Pouvoir législatif. Le premier devra avertir le Corps législatif « s'il s'écarte de la ligne constitutionnelle de la liberté, de l'égalité et du bonheur du peuple », mais il sera sans pouvoir pour agir et se contentera de proclamer tout ce qui lui paraîtra utile d'ajouter ou de retrancher aux lois et aux institutions. La Magistrature des Droits du peuple sera chargée de veiller à ce qu'on ne porte pas atteinte à la liberté ni à la souveraineté nationale.

SIÉYÈS, lors de la discussion de la Constitution de l'An III, indique au contraire un système très net qui aurait été particulièrement énergique s'il avait reçu une application pratique. Il veut établir un organisme semblable à la Cour Suprême des Etats Unis en suggérant l'idée d'un Tribunal appelé « jurie constitutionnaire », avec mission spéciale de juger les réclamations contre toute atteinte portée à la Constitution. Il ne s'agissait rien moins que d'établir un véritable Tribunal de cassation dans l'ordre constitutionnel. Siéyès ne désirait pas seulement, comme dans les projets précédents, empêcher le vote des lois inconstitutionnelles, tenter de faire revenir le législateur sur sa décision, lui recommander l'abrogation de lois contraires aux libertés et aux droits proclamés dans la Constitution : La Jurie constitutionnaire jugeait la loi et la cassait à l'instar d'une Cour de Cassation vis-à-vis des arrêts qui sont soumis à sa juridiction.

Le « Collège des Conservateurs », imaginé aussi par Siéyès dans son projet de constitution de l'an VIII, était calqué sur le modèle de la Jurie constitutionnaire; il avait charge de maintenir la Constitution dans toute sa pureté, soit en statuant sur les difficultés

d'application et les conflits de compétence, soit en réprimant les atteintes qui pourraient y être portées. Le Collège des Conservateurs devint dans la Constitution de l'an VIII le Sénat conservateur qui reçut à côté de sa mission principale qui était de nommer les membres des grands corps de l'Etat celle de juger les actes inconstitutionnels y compris les lois.

Tels sont, entre tant d'autres, les principaux projets dont l'époque révolutionnaire eut à examiner le mérite et qui dénotent, même en France, une certaine méfiance à l'encontre de la toute-puissance du pouvoir législatif. Nous n'avons pas ici à nous faire juge de la valeur de ces systèmes proposés pour « corriger » la loi; nous pourrions nous étonner que les instigateurs de ces propositions n'aient pas préféré donner une semblable mission au Conseil d'Etat réorganisé, si les meneurs de la Révolution Française n'avaient pris pour objectif l'extermination de l'ancien régime et la suppression d'un organisme qui, selon eux, avait trop servi la royauté pour être adopté dans un régime républicain.

Cependant, l'orage éloigné, des députés, voire même des ministres, osèrent sous la Restauration présenter des projets de réorganisation légale du Conseil d'Etat basés sur le rôle législatif de l'ancienne institution; on cherchait toujours un moyen, sinon de limiter le pouvoir législatif, du moins d'assurer une élaboration consciencieuse des lois en en confiant la préparation à un organisme qui avait déjà prouvé sa compétence.

DE MARTIGNAC (1), ministre de l'Intérieur en 1830, fit préparer un projet de loi par une Commission spéciale. L'innovation la plus saillante qu'il introduisait était la division du Conseil en deux parties : l'une administrative et amovible, l'autre judiciaire et inamovible. La chute de celui qui avait conçu ce plan ne permit pas qu'il arrivât jusqu'aux Chambres. Sauzet, ministre de la Justice en 1834 voulait en faire l'essai; la même cause l'en empêcha. De Broglie avait fait un rapport au Roi dans le même sens en appuyant sur le rôle du Conseil d'Etat qui n'avait jamais fait l'objet d'attaques.

En 1845, la Commission de réorganisation du Conseil d'Etat avait été saisie d'un contre-projet du marquis de CHASSELOUP-LAUBAT. L'auteur se proposait de donner au Conseil d'Etat des attributions importantes en matière législative et d'élever considérablement

(1) Voir LADOUCKETTE, Du Conseil d'Etat, 1840, p. 73.

le nombre de ses membres. D'après son système, 172 Conseillers auraient été nommés par les Conseils généraux; ceux-là seraient nommés pour huit ans renouvelables par moitié tous les quatre ans.

Les éléments essentiels du projet concernaient les attributions législatives du Conseil.

Avant de proposer une loi à l'Assemblée légiférante le Gouvernement devait nécessairement l'envoyer au Conseil d'Etat, le Comité compétent serait saisi et un rapport serait fait en séance secrète du Conseil. La loi préparée ainsi, serait remise au Gouvernement qui pourrait ou non la renvoyer à l'Assemblée.

Si l'Assemblée légiférante adoptait la loi telle qu'elle lui aurait été présentée, elle serait immédiatement promulguée; si, au contraire, l'Assemblée y introduisait des modifications, la loi serait reportée au Conseil d'Etat qui, après un rapport du Comité délibérerait alors en séance publique. Dans le cas où aucun amendement ne serait apporté par le Conseil d'Etat, la loi serait promulguée; dans le cas inverse, la loi amendée serait renvoyée, avec des modifications proposées par le Conseil, à l'Assemblée qui prononcerait définitivement.

Ainsi M. de CHASSELOUP-LAUBAT réservait le dernier mot au Parlement et sauvegardait la souveraineté législative de celui-ci en ne donnant pas un pouvoir de décision au Conseil d'Etat.

CONCLUSION

En France comme à l'Etranger, on a donc cherché à corriger la loi mal faite ou draconienne autrefois considérée sous l'influence de J.-J. Rousseau comme l'expression infaillible de la volonté générale, mais regardée aujourd'hui comme la source de bien des maux. La loi intervient dans tous les domaines : elle règle les difficultés économiques, les questions sociales, les problèmes financiers, toute la vie juridique et politique de la Nation. Aussi convient-il d'entourer son origine de précautions destinées à favoriser une législation réfléchie ou contrôlée.

Le perfectionnement le plus simple, peut-être le plus efficace, consisterait à améliorer la méthode de travail du Parlement en donnant aux Chambres un conseiller; c'est notre avis.

Et cependant certains (1) jugent impossible de limiter le pouvoir législatif, cette limitation étant à leurs yeux contraire à notre Droit public, à notre Histoire, à nos mœurs politiques et au surplus inefficace en pratique. Ils préconisent alors, à une époque où la notion de responsabilité s'étend et se développe sous l'effort de mœurs et de la Jurisprudence, de laisser le Parlement seul continuer à légiférer sans frein et sans contrôle : le seul remède à une mauvaise législation ou plutôt la puissance qui étouffera dans l'œuf le germe d'une législation contraire à l'intérêt public sera la pression de l'opinion dans un régime parlementaire; avec un régime républicain, aucune crainte de voir reprises les libertés concédées, car on ne revient pas en arrière; peu de raison de voir les parlementaires diriger l'opinion au lieu de la suivre parce que ceux-ci sont inquiets de leur réélection.

Nous ne pensons pas que ces hésitations et cette peur des responsabilités suffisent à donner au Pays une législation conforme à l'intérêt public. Il est possible que le jeu de ces éléments psychologiques empêche la naissance d'une loi inique, mais il ne laissera pas d'aboutir souvent à une inaction complète de la part du Parlement : l'opinion peut être hésitante, on peut se trouver en présence d'intérêts puissants et contradictoires, de considérations politiques; la loi qui serait utile à la Nation sera-t-elle alors votée si une certaine crainte des responsabilités paralyse les représentants du peuple ?

Les Chambres législatives reflètent aujourd'hui une activité déréglée qui se traduit sous des formes multiples : discussions inutiles, interpellations vaines, rivalités, retards dans le vote du budget, négligences....

Doit-on en rendre responsable le régime lui-même et juger mauvaise l'organisation des pouvoirs actuellement réglée par la Constitution de 1875 ?

Nous ne le croyons pas, mais encore convient-il de mettre le Parlement sous le contrôle d'un Pouvoir pondérateur destiné à rendre les lois plus homogènes, plus juridiques et à coordonner les projets avec la législation antérieure : ce pouvoir c'est le Conseil d'Etat auquel la Constitution de 1875 a tacitement confié cette mission; mais on a oublié de mettre en pratique l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 qui n'a que la valeur d'une disposition facultative.

(1) Dont M. Gustave Aron, dans son étude « Peut-on limiter le pouvoir législatif ? », Grande Revue, n^{os} des 2 août et 10 septembre 1911.

Titre II

COMMENT SOUS L'EGIDE DE LA CONSTITUTION DE 1875 A ETE REGLEE LA QUESTION LEGISLATIVE

La Constitution de 1875 n'est pas novatrice. Elle a adopté la plupart des principes politiques que l'Histoire avait lentement élaborés depuis 1789 et dont l'expérience avait montré la nécessité dans un régime républicain.

Mais les lois constitutionnelles des 24 et 25 février, 16 juillet 1875 étant fort brèves et réduites au strict nécessaire n'ont point édicté de règles sur la procédure législative et les débats des Assemblées.

Tandis que les Constitutions antérieures avaient réglé les principales phases de l'élaboration législative, celle de 1875 a laissé à la réglementation des Chambres toute liberté pour prendre les mesures de détails nécessitées par la mise en œuvre de pouvoir législatif.

Aussi convient-il moins de rechercher les dispositions du texte de la Constitution que de découvrir ce qu'elle a sous-entendu : les bases politiques des lois de 1875 reposent sur les principes admis par la Révolution et sur les données du régime parlementaire.

Dans un premier chapitre nous nous efforcerons de dégager les idées directrices de notre système constitutionnel.

Comment la réglementation des Chambres a-t-elle suppléé aux dispositions laconiques de la Constitution en matière législative ? Ce sera l'objet d'un chapitre second.

Nous envisagerons dans un troisième chapitre les critiques de l'organisation actuelle et mentionnerons dans une conclusion l'évolution de la représentation publique des intérêts professionnels pour y trouver l'ébauche d'un nouveau mode d'élaboration législative.

Chapitre I

LES PRINCIPES POSÉS OU RESPECTÉS PAR LA CONSTITUTION DE 1875 EN MATIÈRE LÉGISLATIVE

SECTION I

LA CONSTITUTIONNALITÉ DE LA LOI

Le principe traditionnel de la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire est implicitement reconnu par la Constitution de 1875. Mais celle-ci ne contient même pas les Déclarations des Droits de l'Homme qui se trouvent dans les Constitutions antérieures et qui avaient au moins une valeur morale.

Il faut alors envisager des hypothèses assez rares pour que joue le principe de la supériorité de la loi constitutionnelle sur la loi ordinaire : il faudrait être en présence d'une disposition qui enlèverait au pouvoir législatif, exécutif ou judiciaire un des attributs essentiels de leurs prérogatives pour trouver un exemple de loi inconstitutionnelle ; d'ailleurs, depuis 1875, on n'a relevé aucun cas d'inconstitutionnalité.

Et cependant cette notion d'inconstitutionnalité peut empêcher le législateur de voter des textes directement contraires à la Constitution on cite (1) le refus par le Président Gambetta de mettre en dis-

(1) Gustave ARON, *op. cit.*, p. 23.

cussion un amendement portant qu'aucun traité ne pourrait abaisser les droits de douane au-dessous du tarif général parce qu'il portait atteinte au droit du Gouvernement de traiter dans la plénitude de sa puissance (séance du 23 février 1880). Dans les séances du 19 mai 1881, du 10 décembre 1890, du 26 novembre 1894, la Chambre a considéré comme inconstitutionnels des amendements « tendant à consulter les électeurs sur une loi » ; ce nouveau mode de referendum avait été jugé comme portant directement atteinte au droit des Chambres de participer seules à la confection de la loi.

SECTION II

LA DUALITÉ DES CHAMBRES

L'article premier de la loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics contient l'énoncé du principe de la dualité des organes légiférants :

« Le pouvoir législatif s'exerce par deux Assemblées : la Chambre des Députés et le Sénat. La Chambre des Députés est nommée par le suffrage universel dans les conditions déterminées par la loi électorale. »

« La composition, le mode de nomination et les attributions du Sénat seront réglés par une loi spéciale. »

Si le Sénat actuel ne jouit plus du prestige de l'ancien Sénat conservateur des constitutions impériales, il réalise cependant un progrès sur l'organisation de 1848 prise pour modèle par nos lois constitutionnelles. Le fait que deux Chambres recrutées différemment possèdent les mêmes droits permet une élaboration législative meilleure, le projet de loi étant soumis à l'agrément des deux organismes animés de deux conceptions parfois différentes du bien public.

« Le Sénat a, concurremment avec la Chambre des Députés, l'initiative et la confection des lois. Toutefois, les lois de Finances doivent être, en premier lieu, présentées à la Chambre des Députés et votées par elle. » (Art. 8, loi du 24 février 1875.)

La loi n'étant parfaite qu'après le vote des deux Chambres, l'examen par l'une de celles-ci des dispositions législatives admises

par l'autre provoque automatiquement le contrôle de la première sur la seconde et peut-être un frein à l'encontre des initiatives osées, des propositions légères, inutiles ou nuisibles à l'intérêt public.

Le principe de la dualité des Chambres législatives devrait constituer un crible efficace de la législation.

SECTION III

LE PARTAGE DE L'INITIATIVE DES LOIS ENTRE LES CHAMBRES ET LE GOUVERNEMENT

L'article 3 de la loi du 25 février 1875 est ainsi conçu : « Le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres ».

Il s'agit ici moins d'un contrôle du pouvoir législatif que du partage d'une prérogative qui permet au chef de l'Etat de confier à l'attention des Chambres législatives une suggestion susceptible de devenir un texte de loi si elle réunit la majorité des suffrages.

C'est néanmoins une limitation morale de la souveraineté législative qui peut avoir pour effet de pousser les parlementaires à émettre eux-mêmes les propositions qu'ils jugent utiles ou nécessaires à l'intérêt public puisqu'ils se savent concurrencer par le Président de la République : peut-être un simple sentiment d'amour-propre entraînera-t-il les membres des deux Chambres à mieux collaborer à l'œuvre législative.

SECTION IV

LE DROIT DU PRÉSIDENT DE LA RÉPUBLIQUE DE DEMANDER AUX CHAMBRES UNE NOUVELLE DÉLIBÉRATION

La Constitution de 1875 a conservé une disposition qui avait été insérée dans celle de 1848 : le droit pour le Président de la République de demander aux Chambres une nouvelle délibération. Ce nouveau moyen d'assurer une bonne législation ou tout au moins

une législation réfléchie est contenu dans l'article 7 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 ainsi conçu :

« Dans le délai fixé pour la promulgation (soit un mois, soit trois jours), le Président de la République peut, par un message motivé, demander aux Chambres une nouvelle délibération qui ne peut être refusée. »

Cette prérogative du chef de l'Etat — si celui-ci en usait en pratique — empêcherait que des textes de lois, hâtivement votés sous l'empire de considérations uniquement politiques, ne deviennent obligatoires avant d'avoir fait l'objet d'une mûre délibération. Elle pourrait avoir pour but de retarder quelque peu la promulgation d'une loi lorsqu'une circonstance fortuite montre l'intérêt de différer le moment où le texte sera rendu obligatoire. Elle permet indirectement de revenir en arrière et de supprimer une loi votée sans obliger les Chambres à élaborer une disposition nouvelle.

Mais ces cas sont plus théoriques que pratiques et en fait on ne peut reconnaître à ce droit confié au chef de l'Etat qu'une influence purement morale sur l'esprit des parlementaires.

SECTION V

L'EXERCICE DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

Nous avons recherché la nature juridique du pouvoir réglementaire et nous avons conclu que l'exercice de ce dernier était une attribution législative. Traditionnellement, c'est le pouvoir exécutif qui a exercé la prérogative de faire des règlements. Il décharge ainsi le Parlement des détails de la législation mais il ne va pas jusqu'à le limiter ou le contrôler. Tout au plus peut-on concevoir que le Président de la République, pour la nation entière, un préfet ou un maire, pour la circonscription où l'affectation de l'un et la nomination de l'autre les ont portés, cherchent à adapter la législation au mieux des intérêts dont ils sont chargés. Nous sommes alors en présence d'une véritable législation secondaire qui intervient tant pour combler les lacunes de la loi que pour faciliter l'application des dispositions de celle-ci.

On ne peut en effet prétendre que les Chambres, jalouses de leurs droits en matière législative, essaieront de tout prévoir pour ne

laisser au pouvoir exécutif que la stricte exécution des lois : le pouvoir réglementaire est une nécessité, il est le complément indispensable de toute législation.

SECTION VI

LE RÔLE CONSULTATIF DU CONSEIL D'ETAT

La Constitution de 1875 est muette sur l'existence et le rôle du Conseil d'Etat dans l'organisation des pouvoirs publics. Aussi les dispositions de la loi du 24 mai 1872 que nous avons étudiées plus haut et qui avaient été considérées par leurs auteurs comme transitoires sont-elles encore en vigueur de nos jours.

Si nous avons montré l'évolution de la législation moderne vers un renforcement des attributions contentieuses de notre institution, nous avons relaté que l'article 8 de la loi de 1872 confie au Conseil d'Etat quelque attribution législative.

En donnant son avis sur les propositions de lois que le Parlement juge à propos de lui renvoyer et sur les projets de lois préparés par le Gouvernement qu'un décret spécial ordonne de lui soumettre, le Conseil d'Etat participe, dans une certaine mesure, à la confection de la loi et donne aux Chambres, comme au Gouvernement, les conseils que ceux-ci jugent nécessaires de lui demander. Bien que notre institution ait un rôle purement facultatif, il est certain qu'elle peut être appelée, par l'examen des textes qui lui sont soumis, à améliorer la législation et à corriger la loi.

Si, en pratique, les Chambres et le Gouvernement se passent volontiers de l'intervention du Conseil d'Etat dans l'élaboration législative, il ne faut pas nier l'utilité que cette consultation du Conseil d'Etat aurait normalement en matière législative, ni juger inefficace en soi la disposition même facultative de l'article 8 de la loi de 1872.

Chapitre II

LE FONCTIONNEMENT DU POUVOIR LÉGISLATIF D'APRÈS LE RÈGLEMENT DES CHAMBRES

Les principales mesures prises par la réglementation des Assemblées concernent la division de l'Assemblée en bureaux et en commissions, les formes et conditions de l'initiative en matière législative, les diverses phases du vote de la loi, le quorum, la procédure des questions et des interpellations.

Nous devons à l'amabilité de M. Denys Baille, secrétaire des services au Secrétariat Général de la Chambre, d'avoir eu en communication le règlement actuellement en vigueur devant la Chambre des Députés et à la complaisance de M. le Bibliothécaire en chef du Sénat d'avoir pu à loisir consulter le règlement de la Haute Assemblée au Luxembourg.

Nous pourrions ainsi examiner le mécanisme de l'élaboration des lois tant à la Chambre qu'au Sénat, et montrer les efforts du législateur pour faire du texte de loi un acte réfléchi et à la préparation duquel on a apporté mille précautions.

Nous grouperons les différentes dispositions réglementaires qui ont trait plus directement à notre étude sous trois sections comprenant : l'initiative, l'élaboration, la délibération des lois.

SECTION I

L'INITIATIVE DE LA LOI

L'initiative est partagée par les membres du Parlement et le Gouvernement.

Les projets de loi, émanant de l'initiative gouvernementale, sont déposés par un des ministres sur le bureau de la Chambre ou du Sénat, imprimés et distribués avec l'exposé des motifs puis renvoyés à la commission permanente où nous les suivrons. (Art. 20, 21, 35, règlement de la Chambre ; art. 18, 62, règlement du Sénat.)

Les propositions de loi, de résolution ou motion, formulées par écrit avec un exposé des motifs par les députés ou sénateurs, sont remises, comme les projets, sur le bureau de la Chambre ou du Sénat et renvoyés à la commission permanente compétente. (Art. 23 du règlement de la Chambre, art. 75 du règlement du Sénat.)

L'initiative parlementaire se traduit encore par le droit reconnu aux députés et sénateurs de déposer des *amendements* qui peuvent être individuels ou collectifs mais doivent être rédigés par écrit, sommairement motivés et remis au président. Ils ne sont recevables, d'après l'art. 84 du règlement de la Chambre, « que s'ils sont proposés dans le cadre du projet ou de la proposition et s'ils s'appliquent effectivement à l'article qu'ils visent ». D'après les art. 27 du règlement du Sénat et 28 du règlement de la Chambre, l'auteur d'un amendement comme d'une proposition a le droit d'être entendu par la commission chargée d'examiner le texte proposé.

Conformément à l'art. 34 du règlement, les députés ont encore le droit de présenter des *observations écrites* à une commission sur les projets dont elle est saisie, mais celles-ci ne sont plus recevables six jours après la distribution du rapport.

Le droit d'initiative du Gouvernement est complété par les dispositions des art. 50 *bis* et 87 du règlement de la Chambre.

Par le premier texte : « avant l'examen des contre-projets ou avant l'examen de l'article premier, le Gouvernement peut demander la *prise en considération* en faveur de son texte régulièrement déposé. Il peut, au cours de la discussion, faire la même proposition pour un ou plusieurs articles. Cette demande a la priorité sur les contre-projets ou sur les amendements ».

Par le deuxième texte : « Tout amendement ou tout article additionnel recevable au cours de la discussion est renvoyé de droit à l'examen de la commission si la demande en est faite par un ministre, le président ou le rapporteur de la commission ».

SECTION II

ELABORATION DE LA LOI

C'est surtout la préparation des textes législatifs que le règlement des deux Chambres a entourée de dispositions méthodiques et minutieuses. L'intention de l'autorité législative qui a édicté cette réglementation fut de ne livrer à la discussion générale et au vote que des projets examinés en détails dans les commissions.

Aux termes de l'art. 15 du règlement du Sénat, « celui-ci au début de chaque session ordinaire nomme, pour une durée de un an, *onze commissions générales* (de 36 membres, selon l'art. 19), sans préjudice des autres commissions dont il pourra ordonner la constitution » (1).

L'art. 11 du règlement de la Chambre est ainsi conçu : « Au début de chaque législature, et chaque année au mois de juin, la Chambre des Députés nomme *vingt grandes commissions permanentes* sans préjudice des autres commissions spéciales ou permanentes dont elle pourra décider la constitution » (2).

La cellule d'élaboration des projets ou propositions de lois soumise à l'une des deux Chambres est donc la commission permanente compétente pour en connaître, à laquelle sans délai a été renvoyé le projet par le président du Sénat ou de la Chambre des Députés.

(1) Les onze commissions du Sénat sont les suivantes : Armée; Marine; Affaires étrangères; Douanes et conventions commerciales; Travaux publics; Agriculture; Enseignement; Hygiène, assistance, assurance, prévoyance sociale; Législation civile et criminelle; Administration générale, départementale, communale; Commerce, industrie, travail et postes. Et, en outre, commission générale dite des Finances, chargée de l'examen de la loi des recettes et des dépenses.

(2) Ces commissions prennent les dénominations suivantes : Administration générale, départementale et communale; Aéronautique; Affaires étrangères; Agriculture; Algérie, colonies, protectorat; Alsace-Lorraine; Armée; Assistance et Prévoyance sociales; Commerce et Industrie; Comptes définitifs et économies; Douanes et conventions commerciales; Enseignement et Beaux-Arts; Finances; Hygiène; Législation civile et criminelle; Marine marchande; Marine militaire; Mines et force motrice; Travail; Travaux publics et moyens de communication.

Les rapports des commissions sont déposés sur le bureau du Sénat dans un délai maximum de trois mois à partir du jour où la commission a été saisie et de un mois pour les projets ou propositions modifiés par la Chambre et renvoyés au Sénat (art. 63 du règlement du Sénat). A la Chambre des Députés, d'après l'art. 29 du règlement : « Tout projet, toute proposition de loi ou de résolution, ou tout amendement disjoint, renvoyé à une commission doit être rapporté dans le délai maximum de quatre mois à dater du jour de sa distribution ».

Mais un projet peut être de la compétence de plusieurs commissions : l'art. 28 du règlement de la Chambre prévoit à cet effet le renvoi pour avis qui doit être donné dans les six jours qui suivent la distribution du rapport ; le rapporteur de la commission saisie d'un renvoi pour avis a voix consultative dans la commission saisie du fond. Si, d'autre part, une commission constate qu'un projet ou une proposition de loi dont elle a été saisie rentre dans la compétence d'une autre commission, elle peut en demander le renvoi à cette commission, d'après l'art. 31 du règlement de la Chambre.

« Lorsqu'un projet de loi voté par le Sénat a été modifié par la Chambre, porte l'art. 129 du règlement du Sénat, le Sénat peut ou mettre de nouveau ce projet en délibération, ou le soumettre aux bureaux, ou le renvoyer à l'ancienne commission. Il peut également, sur la proposition d'un de ses membres, décider qu'une commission sera chargée d'entrer en *conférence* avec une commission de la Chambre à l'effet de s'entendre sur un texte commun. »

L'art. 107 du règlement de la Chambre est ainsi rédigé : « Lorsqu'un projet de loi, voté par la Chambre des Députés, a été modifié par le Sénat, la Chambre des Députés peut décider, sur la proposition d'un de ses membres, qu'une commission sera chargée de se réunir avec une commission du Sénat à l'effet de s'entendre sur un texte commun. La Chambre décide si les pouvoirs à cet effet seront donnés à la commission qui a fait le rapport sur le projet ou à une nouvelle commission ».

Les art. 130 du règlement du Sénat et 108 du règlement de la Chambre disposent que si les deux commissions s'entendent sur un texte, la commission nommée par le Sénat et celle nommée par la Chambre font un rapport à l'Assemblée dont elles émanent ; celles-ci délibèrent sur la nouvelle rédaction.

La commission de chaque Chambre, organisme d'étude, a été

chargée d'examiner la portée du projet qui lui a été soumis, la valeur des amendements qui lui ont été renvoyés, l'autorité des avis éventuels des autres commissions ou des vœux d'organismes professionnels : tout le travail de préparation de la loi est contenu dans le rapport que la commission soumet à l'Assemblée. La Chambre ou le Sénat est maintenant apte à discuter la question dont on a saisi l'organe législatif : c'est alors qu'interviennent la discussion et le vote dans chacune des deux Assemblées.

SECTION III

LA DÉLIBÉRATION DES LOIS

Le Sénat ou la Chambre est appelée à statuer sur l'adoption du projet présenté sous forme d'articles, accompagné d'un exposé des motifs, soutenu par un rapport détaillé souvent grossi d'annexes, parfois déjà l'objet d'amendements divers discutés au sein de la commission.

Au Sénat, l'art. 65 du règlement impose la procédure suivante : « Aucun projet de loi, sauf les cas d'urgence (1), n'est voté définitivement qu'après deux délibérations à des intervalles qui ne peuvent être moindres de cinq jours. La première délibération porte d'abord sur l'ensemble, puis sur les articles du projet et les amendements qui s'y rapportent. Le Sénat décide s'il veut passer à la deuxième délibération ».

« A la deuxième délibération, il est procédé au vote de chaque article et des amendements qui s'y rapportent avant le vote définitif du projet, tout membre a le droit de présenter des considérations générales pour l'adoption ou pour le rejet. »

A la Chambre des Députés, l'art. 83 du règlement est ainsi conçu sur la même procédure qui, d'après l'article précédent, ne prévoit en principe qu'une seule délibération, en séance publique, des projets et propositions de loi :

(1) Et les cas prévus par l'art. 71 du règlement pour lesquels une seule délibération est suffisante : lois de budget, lois des comptes, lois portant demande des crédits spéciaux, lois d'intérêt local.

« La première discussion porte d'abord sur l'ensemble du projet ou de la proposition de loi. Les orateurs, dans la discussion générale, disposeront chacun d'une demi-heure. Le président et le rapporteur de la commission disposeront chacun d'une heure. »

« Quand cette discussion générale est close, le président consulte la Chambre pour savoir si elle entend passer à la discussion des articles.

» Si la Chambre décide qu'elle ne veut point passer à la discussion des articles, le président déclare que le projet de loi n'est pas adopté.

» Dans le cas contraire, la discussion continue ; elle porte successivement sur chaque article et sur les amendements qui s'y rattachent. Sur chaque article, il ne peut être entendu, indépendamment du président de la commission et du rapporteur, qu'un seul orateur contre ; ils disposent chacun d'une demi-heure. Les amendements soumis à la délibération ne peuvent être modifiés au cours de la discussion.

» Après le vote de tous les articles, il est procédé au vote sur l'ensemble. Il ne peut être présenté de considérations générales sur l'ensemble. Sont seules admises, avant le vote d'ensemble et s'il y a scrutin public, les explications sommaires de vote n'excédant pas cinq minutes.

» Si les dispositions présentées par la commission sont rejetées le texte primitif des projets et propositions de loi que le Gouvernement des dispositions de la Constitution de 1875 et des principes repris. Il est soumis au vote des Chambres. »

En principe, les projets ou propositions de loi font donc l'objet des deux délibérations au Sénat et d'une seule délibération à la Chambre, mais l'art. 82 § 2 du règlement de la Chambre indique que « toutefois avant le vote sur l'ensemble des projets ou propositions, la Chambre peut décider, sur la demande d'un membre, qu'il sera procédé à une seconde délibération : dans ce cas les textes votés en première lecture sont renvoyés à la commission qui devra présenter un nouveau rapport ».

Cet article permet de rapprocher davantage les procédures des deux Chambres et autorise éventuellement le retour au principe traditionnel de la pluralité de lecture avant le vote définitif d'un texte de loi.

Faut-il ajouter que les art. 74 du règlement du Sénat et 22 du règlement de la Chambre prévoient l'accueil de la demande d'une

seconde délibération faite par le Président de la République, en vertu de l'art. 7 de la loi du 16 juillet 1875 : le Sénat, comme la Chambre, renvoie le message motivé à une commission sur le rapport de laquelle il est procédé à la nouvelle délibération.

*
* *

On est surpris que puisse être encore imparfait un texte législatif qui a passé par le crible des deux Chambres après avoir subi une préparation si minutieuse au sein des commissions et résisté à plusieurs délibérations de chaque Assemblée. Le fait d'avoir parcouru les dispositions des règlements du Sénat et de la Chambre des Députés nous oblige à rendre hommage au législateur qui eut pour souci légitime d'entourer la naissance de la loi de mille précautions.

Et cependant il existe des lois mal faites, des textes mal étudiés dont les dispositions se heurtent à une législation antérieure non abolie ; les faits le prouvent.

Chapitre III

CRITIQUE DE L'ORGANISATION ACTUELLE

Malgré les efforts de l'autorité constituante et du législateur pour obtenir une meilleure législation, et pour assurer les détails de la procédure législative, il ne semble pas que le pouvoir législatif soit utilement guidé, contrôlé ou conseillé. Si nous nous inspirons uniquement des dispositions de la Constitution de 1875 et des principes qu'elle a respectés ou qui figurent dans le règlement des Chambres, il nous paraît difficile d'admettre l'efficacité des moyens divers mis en œuvre pour corriger la loi.

SECTION I

PRINCIPES QUI RÉGISSENT LA FORMATION DE LA LOI

La distinction de la loi constitutionnelle et de la loi ordinaire pourrait avoir une portée très grande, mais à la condition que fussent précisées plus explicitement dans la Constitution les droits de chacun, les prérogatives essentielles des pouvoirs et qu'un organisme soit juge de l'inconstitutionnalité des lois votées par le Parlement.

La dualité des Chambres devrait procurer un contrôle très efficace. Il faut rendre hommage à la Haute Assemblée d'avoir montré en certaines circonstances assez de ténacité pour refuser d'entériner des dispositions admises par la Chambre des Députés ; il faut reconnaître que le Sénat constitue un frein pour les gouvernements qui voudraient pousser un peu trop loin les initiatives hardies.

Mais souvent le Sénat éprouve des difficultés à opposer quelque résistance à des propositions soutenues par des députés plus soucieux de leur popularité que du bien public. Hostile certainement en principe à plusieurs lois récentes, il les a votées quand même. Le Sénat n'ose plus toujours résister aux gouvernements qui le pressent, il craint l'impopularité qui le guette. Le système de la dualité des Chambres législatives pour avoir des avantages ne présente pas moins des inconvénients. Il arrive que la Chambre des Députés, trop près des électeurs, se refuse à rejeter une proposition populaire en laissant au Sénat le soin de voter contre son application. Des députés compètent sur la Haute Assemblée pour envisager les projets et propositions au point de vue du bien public, se réservant d'apprécier seulement la portée purement politique de leur vote.

Aussi ne convient-il pas de chercher ailleurs que dans l'institution d'une seconde Chambre une protection contre la tyrannie possible de la loi ?

La disposition qui donne au chef de l'Etat la prérogative de demander aux Chambres une nouvelle délibération est pratiquement inapplicable en vertu des règles mêmes du Gouvernement parlementaire : le Président de la République, en effet, ne peut s'adresser aux Chambres que par l'intermédiaire des ministres. Or si le ministre a trouvé mauvaise la loi votée par les Chambres, il a dû engager sur ce point sa responsabilité ministérielle et il aura dû démissionner ; ce n'est donc pas lui qui pourra demander au président d'user de sa prérogative. D'autre part, le ministère nouveau, nécessairement pris dans la majorité qui a voté la loi ne pourra pas non plus s'associer à l'acte du président qui demanderait une nouvelle délibération. Du reste l'usage de ce droit est contraire à notre mentalité politique.

Le système du partage de l'initiative en matière législative entre les membres du Parlement et le chef du Gouvernement ne saurait en rien affecter la préparation d'un texte qui se fait dans les commissions parlementaires ni le vote du projet qui est laissé à la discrétion des Assemblées : la suggestion soumise aux Chambres par le Président de la République peut ne pas faire l'objet d'un vote favorable et d'ailleurs lorsque le projet a été déposé sur le bureau de la Chambre n'est-il pas devenu, en fait, à la disposition de celle-ci qui, par son vote, le réduira à néant ou lui donnera l'autorité d'un texte législatif si l'autre Chambre s'associe à sa manière de voir ?

Quant au pouvoir réglementaire, il découle essentiellement d'une délégation de matières faite par le Parlement lui-même au bénéfice du pouvoir exécutif. Ce dernier n'intervient qu'après le vote de la loi pour la compléter, l'appliquer et non pour la corriger ou la tourner. Quel contrôle pourrait utilement exercer une autorité qui doit tenir toutes ses prérogatives d'un pouvoir qu'elle voudrait limiter. Si l'Histoire a donné au Président de la République un certain pouvoir propre en matière réglementaire, cette tradition paraît d'ailleurs contraire au principe absolu de la séparation des pouvoirs. C'est, d'autre part, étendre abusivement la portée de l'article 3 de la loi du 25 février 1875 que d'autoriser le chef de l'Etat à faire des règlements sans recevoir une délégation spéciale des Chambres, seules détentrices de la souveraineté en matière législative.

*
* *

S'il nous faut aborder les détails de la procédure législative contenue dans les règlements des deux Chambres, nous nous heurtons à des complications excessives qui, sous le prétexte de « mûrir » un projet, entravent la formation de la loi.

Malgré de louables efforts pour éviter l'abus des amendements, ceux-ci demeurent souvent une entrave à l'élaboration de la loi.

Le règlement de chaque Assemblée a, nous l'avons vu, posé le principe des commissions de la Chambre et du Sénat délibérant en commun lorsqu'un projet de loi adopté par une Assemblée a été rejeté par l'autre. Cette procédure est faite pour éviter les navettes entre les deux branches du Parlement ; malheureusement, elle n'est jamais appliquée.

D'autre part — et ceci est grave — si la majorité est désireuse de s'affranchir de toute délibération superflue il lui suffit de voter l'urgence : l'usage immodéré de cette procédure montre le vice du système.

Nous admettons le bien fondé des résolutions prises par la Chambre, l'une le 17 janvier 1917, l'autre le 20 juillet 1926 : en effet, la première prévoit une procédure exceptionnelle pour l'examen et le vote des projets de loi urgents intéressant la Défense nationale pendant la guerre, l'autre institue une procédure semblable pour les projets touchant aux intérêts supérieurs de l'Etat.

Mais nous ne saurions toujours reconnaître la même utilité à la procédure spéciale instaurée par l'art. 96 du règlement de la Chambre pour la discussion immédiate des projets ou propositions de loi ;

c'est un moyen trop facile d'escamoter la préparation d'un texte législatif ou de profiter de l'absence de députés hostiles à un projet (1).

Ainsi l'organisation actuelle de notre pouvoir législatif fait souvent de la loi non plus une œuvre juridique mais une disposition transitoire, suggérée principalement par des considérations politiques : le recrutement des députés, leur mode d'élection, la durée de leur mandat poussent les représentants du peuple à agir davantage dans leur intérêt propre que dans celui de la Nation. Les projets que les spécialistes des Assemblées élaborent dans des commissions, fussent-ils parfaits en sortant de leurs mains, deviennent parfois incohérents et incompréhensibles ; les lois sortent de l'appareil légiférant incomplètes, boclées, trop souvent inapplicables.

SECTION II

RÔLE DU CONSEIL D'ÉTAT

Le Conseil d'Etat pourrait, à notre avis, apporter à la formation de la loi une aide rendue nécessaire par la diversité et la complexité des problèmes juridiques actuels. Le législateur de 1872 a d'ailleurs senti qu'on ne pouvait supprimer complètement les attributions législatives que la tradition avait confiées au Conseil d'Etat. Mais l'article 8 de la loi de 1872, auquel nous avons souvent renvoyé, n'impose ni aux Chambres ni même au Gouvernement l'obligation de soumettre les propositions et projets de lois à l'avis du Conseil.

Aussi ni le pouvoir exécutif, ni le pouvoir législatif n'ont cru bon de soumettre normalement au Conseil d'Etat le fruit de leur initiative. Il ne s'agit pourtant ni d'un contrôle, ni d'un jugement mais d'un simple avis, d'une « consultation juridique » donné par le Con-

(1) Art. 96 § 1 du règlement de la Chambre : « Lorsque le Gouvernement ou l'auteur d'une proposition de loi ou de résolution réclame la discussion immédiate, un avis officiel doit être apposé dans l'enceinte du Palais et le débat ne peut commencer qu'une heure après l'affichage. La commission compétente peut déposer son rapport sur le fond immédiatement après le dépôt et la lecture du projet ou de la proposition. Cette disposition n'est pas applicable aux textes précédemment examinés par la Chambre et renvoyés devant elle par le Sénat ».

seil d'Etat à des organismes qui ne sont pas obligés de tenir compte du sens ni du contenu des délibérations de notre institution.

Pourquoi le Conseil d'Etat n'est-il plus l'organe régulier de la préparation des lois ? C'est la question que se posent MM. BARTHÉLÉMY et DUEZ (1) et à laquelle ils essaient de trouver une explication :

« Les bureaux constitués au Parlement éprouvent sans doute une certaine jalousie à l'égard du Conseil d'Etat. Les ministres préfèrent-ils la docilité de leur entourage immédiat à la compétence de la Haute Assemblée ? Le développement considérable du contentieux tend, d'autre part, à faire prédominer de plus en plus dans le Conseil le caractère de juge administratif. »

Cette situation est d'autant plus regrettable que les pouvoirs publics sont tournés vers le système des commissions extra-gouvernementales consultatives. Et comment mettre en parallèle la fécondité de ces commissions composées de membres irrégulièrement réunis et assumant souvent leur mission comme un surcroît à leurs occupations habituelles, et celle d'un organisme régulier, stable et permanent dont les membres donnent journellement leur science et leur expérience au service des pouvoirs publics. Nous ne saurions que nous ranger à l'opinion de MM. BARTHÉLÉMY et DUEZ qui concluent en exprimant un vœu ou un regret :

« Le Gouvernement et surtout le Parlement devraient se rappeler davantage qu'il existe un conseiller technique qui s'appelle le Conseil d'Etat. »

CONCLUSION

L'OFFICE NATIONAL ECONOMIQUE ET LA REPRÉSENTATION PROFESSIONNELLE

Un nouveau mouvement est né depuis la guerre, nécessité par les besoins essentiels de coordination et d'harmonie des intérêts privés. C'est ainsi que la Constitution de Weimar créait en Allemagne le *Conseil Economique du Reich* « de telle manière que tous les principaux groupes professionnels y soient représentés dans la mesure

(1) Op. cit., p. 557.

de leur importance économique et sociale ». En décembre 1921, la République Tchécoslovaque constituait également un Conseil Economique « chargé d'émettre des avis ou de formuler des propositions sur les questions économiques d'une importance générale ».

En septembre 1923, le Gouvernement italien créait à son tour un *Conseil Supérieur de l'Economie nationale* et la Pologne prévoyait, dans l'article 68 de sa Constitution le fonctionnement d'un semblable organisme.

La France devait s'inspirer de ces précédents pour étudier, dès 1924, la constitution d'un *Conseil National Economique* (1). On envisagea d'abord l'épreuve d'une réalisation provisoire en créant le Conseil National Economique par décret du 16 janvier 1925, successivement complété par décret du 19 juin suivant et deux arrêtés ministériels des 9 avril et 19 juin 1925.

Dans la pensée des organisateurs il ne s'agissait pas de superposer une commission nouvelle à celles qui fonctionnaient auprès des divers départements ministériels ; encore moins avait-on l'intention de constituer une sorte de parlement au petit pied. On entendait seulement créer un organisme d'études à caractère consultatif qui pourrait dégager les principes essentiels de la politique économique pour les recommander à la bienveillante attention des pouvoirs publics, mais déjà l'exposé des motifs du projet de loi, déposé le 24 janvier 1933 sur le bureau de la Chambre des Députés, décelait la volonté de resserrer les liens entre le Conseil et le Parlement. On appelait des parlementaires pour faire partie du Conseil et on attendait les meilleurs résultats de ce contact régulier entre ceux-ci et les représentants mandatés des principales organisations corporatives du pays ». Ces « délégués du Parlement » pourront « rapporter à leurs collègues des deux Chambres les aspirations des milieux divers du monde de la production et du travail ; ils se feront l'écho de leurs doléances et de leurs espoirs. Ils entretiendront entre les sections du Conseil et les grandes commissions parlementaires un courant d'échanges de vues, d'information, d'avis et de recommandations ».

Il ne s'agissait rien moins que d'une collaboration mitigée entre le Parlement et une institution représentative d'intérêts privés d'ordre professionnel. On avait senti la nécessité de donner au Parlement l'appui des avis autorisés d'un organisme compétent en matière d'économie nationale.

(1) « J. O. », Doc. parlam., Chambre, 1933, Annexe 1313.

Après plus de dix ans d'existence et de fonctionnement fructueux, le Conseil National Economique institué par décret devait recevoir, le 19 mars 1936, la consécration législative que l'article 124 de la loi des Finances du 29 avril 1926 n'avait fait que promettre. Pendant cette existence extra-légale, le rôle de l'organisme avait évolué. Chargé d'examiner le projet de loi portant institution, organisation et fonctionnement du Conseil National Economique, M. RAMADIER (1) a rappelé les phases de cette évolution et principalement a montré que l'organisme créé pour servir de conseil au Gouvernement avait un contact de plus en plus étroit avec le Parlement. Si les sections du Conseil, comme le Conseil lui-même, ne sont investies d'aucun pouvoir de décision d'ordre réglementaire ou législatif, les avis qui sortent de leurs délibérations embrassent les problèmes les plus généraux de l'économie nationale et profitent à l'organe législatif comme au Gouvernement : les commissions parlementaires peuvent renvoyer au Conseil tout projet ou proposition de loi et, quand l'avis est formulé, demandé à entendre le rapporteur du Conseil lui-même.

L'article 8 de la loi du 19 mars 1936 n'a fait que constater un état de fait qui avait prouvé l'utilité du Conseil National Economique. Il confie à ce dernier un véritable rôle dans l'élaboration des lois :

« Le Conseil National Economique peut être saisi soit par le Gouvernement, soit par l'une des Chambres, soit par une commission parlementaire ou peut se saisir d'office de tout projet ou de toute proposition de loi qui présente un intérêt économique national, ainsi que l'étude de tout problème économique... Le Conseil est saisi pour avis des projets de règlement d'administration publique intéressant l'économie nationale. »

*
* *

La constitution du Conseil National Economique nous apparaît donc comme le développement relativement récent d'un conseil législatif et gouvernemental conçu pour donner des indications utiles aux différents ministères intéressés aux questions économiques ; le Conseil devait faire bénéficier le Parlement lui-même de ces avis autorisés.

Mais nous considérons que la création de cette institution n'est

(1) « J. O. », Doc. parlam., Chambre, 1934, Annexes N° 3537 et rapport du sénateur Maulion. « J. O. », Doc. parlam., Sénat, 1936, Annexes N° 114.

qu'une phase d'un mouvement plus vaste qui englobe d'une manière générale la représentation des intérêts professionnels auprès des pouvoirs publics.

Certains auteurs vont jusqu'à souhaiter la représentation directe au Parlement des groupes professionnels. M. Cahen SALVADOR (1) cite les suggestions de plusieurs auteurs : MARTIN SAINT-LÉON, dans son ouvrage *La Société des Nations*, envisagerait ainsi le recrutement de la Chambre des députés : deux tiers des membres seraient recrutés comme aujourd'hui au suffrage universel, un tiers des mandats appartiendraient aux corps professionnels régionaux, moitié aux groupements patronaux, moitié aux groupements d'ouvriers ; même idée en ce qui concerne le Sénat dont la moitié des membres serait désignée suivant le système actuel et l'autre moitié recrutée parmi les représentants de coopératives, mutualités, associations d'intérêt général, littéraire et scientifique.

Pour DUGUIT, une Chambre élue par des groupes syndicaux constituerait un contre-poids suffisant à une Chambre élue par le suffrage universel. DURKHEIM, CHARLES-BENOIST (2), Bernard LAVERGNE (3) sont également les adeptes de « l'idée professionnaliste intégrale ».

Notons ici, sans la discuter, cette évolution des idées qui poussent à introduire au sein des Chambres législatives la représentation des intérêts professionnels ; cependant cette évolution ne s'est pas canonnée dans l'esprit des techniciens, elle s'est particulièrement développée dans le domaine des faits depuis quelque temps.

Le dernier organisme né de ce mouvement paraît être le *Conseil National de la Croix-Rouge* qui, pour n'être attaché qu'à un ministère, ne tardera certainement pas à manifester son activité dans la préparation des lois intéressant sa compétence.

Mais le *Conseil Supérieur du Travail* a manifestement collaboré à l'élaboration de toute une législation ; il a apporté son concours lors de chaque réforme touchant le monde ouvrier : le projet de loi sur l'interdiction du travail de nuit des femmes et des enfants a été adopté par les deux Chambres selon les vœux du Conseil ; les suggestions de ce dernier concernant la procédure de la mise en demeure ont conduit à la loi du 9 mars 1931.

(1) La représentation des intérêts et les services publics. — SIREY, 1935. p. 7.

(2) « La crise de l'Etat moderne ».

(3) « Suffrage universel et suffrage collectif ».

L'influence du *Conseil Supérieur de l'Instruction Publique* n'est pas moins négligeable : il n'est besoin que de rappeler les grandes discussions qui eurent lieu au sein de cette Assemblée, en 1922, sur les modifications à apporter aux programmes de l'enseignement secondaire et, plus récemment, au sujet de l'école unique.

Sans doute allons-nous vers une participation plus intime des organismes de représentation professionnelle à la gestion des intérêts publics, mais nous assistons également vers une collaboration des mêmes organismes avec le Parlement dans la préparation d'une législation toujours plus complexe que les principes constitutionnels et la réglementation des Chambres n'ont pas suffi à rendre techniques.

Titre III

COMMENT LE CONSEIL D'ETAT PEUT-IL CONCOURIR A CORRIGER LA LOI

Introduction

La conclusion de notre étude historique sur le Conseil d'Etat tendait à prouver que les fonctions législatives exercées par cette institution à toutes les époques constituaient des attributions naturelles traditionnellement respectées.

Aussi l'audacieux projet que nous avons formé en soumettant ici l'esquisse d'une organisation nouvelle du Conseil d'Etat perd de sa témérité si nous précisons immédiatement que le but que nous nous proposons d'atteindre n'est que la restitution au Conseil d'Etat de ses attributions législatives et la recherche d'un mode de fonctionnement fondé sur le caractère à la fois politique et juridique de la législation.

Notre intention est donc directement inspirée par l'Histoire et il ne s'agit rien moins que de rendre à notre Conseil d'Etat l'ancien prestige que, sous Colbert et sous Napoléon, il sut acquérir dans le seul exercice de fonctions législatives.

D'ailleurs, à ce projet de restauration des attributions législatives du Conseil d'Etat, de nombreux juristes, voire même des parlementaires, se rallient sans réserve.

Nous avons déjà exprimé l'opinion de MM. BARTHÉLÉMY et

DUEZ (1) qui jugent que, même sous un régime parlementaire, le Conseil d'Etat peut jouer un rôle très utile dans toutes les questions nécessitant une préparation et un examen technique approfondis comme la préparation de la loi. Ils déplorent que la collaboration du Conseil à la législation reste, en dépit de sa participation obligatoire à l'égard des règlements d'administration publique, éventuelle, accidentelle et sans importance réelle.

M. HAURIOU, dans son *Traité de Droit constitutionnel* (2) regrette, lui aussi, que sous notre régime actuel le Conseil d'Etat n'ait pas retrouvé l'importance qu'il avait sous le Premier Empire, alors qu'il préparait tous les projets de lois et qu'il fournissait les grands premiers rôles du personnel gouvernemental.

M. WALINE (3) admet que l'article 8 de la loi de 1872 donne encore des attributions législatives au Conseil d'Etat, mais il estime qu'« en fait celui-ci n'est plus jamais consulté sur les projets ou propositions de lois, fait peut-être regrettable car, sans empiéter sur la liberté d'appréciation du Parlement qui doit naturellement rester entière, celui-ci pourrait, d'un simple point de vue technique, appeler son attention sur les difficultés pratiques éventuelles d'application du texte proposé, sur des imperfections ou sur des erreurs de rédactions ».

Des parlementaires eux-mêmes sont partisans de rendre au Conseil d'Etat un rôle effectif en matière législative.

A l'occasion de la discussion de la loi du 13 juillet 1870, le député L. E. ROYER déclarait dans l'exposé des motifs : « Il est superflu d'insister sur l'intérêt que présente l'intervention du Conseil d'Etat dans l'élaboration des lois. Pour rédiger les textes, pour les coordonner avec les lois antérieures et les règles connexes, pour maintenir entre toutes les parties de la législation une certaine unité de vues et de tendances, il faut une étude plus calme et plus approfondie qu'on ne peut l'attendre des ministres absorbés par les travaux parlementaires ».

Parmi les promoteurs de la révision de la Constitution et ceux qui déplorent les résultats de la formation actuelle de la loi, citons, entre autres, M. le Sénateur ORDINAIRE qui, dans sa brochure : *Faut-il réviser la Constitution ?* (4) prétend : « que ce serait rendre un

(1) Op. cit., p. 556.

(2) 2^e édition, p. 463.

(3) Droit administratif 1936, p. 67.

(4) P. 71.

signalé service à nos Chambres que d'associer à leur travail le Conseil d'Etat, mais que cette collaboration ne serait efficace qu'au prix d'une réorganisation et d'un renforcement de ce grand Corps administratif auquel la République n'a pas fait la part que méritent son illustre passé et ses éminents services ».

M. le Député GROUSSEAU, président d'âge de la Chambre, dans une allocution à la séance du 10 janvier 1933, était d'avis que « l'art de composer les lois supposait quelque talent dont la souveraineté du peuple ne suffisait pas toujours à doter tous ses représentants ». M. GROUSSEAU constatait avec mélancolie qu'aux édifices qui sont renversés se substituent des constructions plus ou moins habitables dans lesquelles on se trouve plutôt campé qu'établi, car elles résistent presque toujours moins longtemps que les précédentes. C'est ainsi qu'il jugeait notre législation.

Nombreux sont les instigateurs d'une collaboration plus étroite du Conseil d'Etat à la confection de la loi, mais si on tente d'établir les mesures à prendre, pour faire de ces desiderata platoniques une réalité, si on essaie de poser les bases d'une réorganisation du Conseil d'Etat, il y a alors un obstacle infranchissable. Personne n'ose proposer un plan d'ensemble, et nous-mêmes nous rendons compte des difficultés qu'il y aurait à réorganiser le rôle législatif du Conseil d'Etat à cause des problèmes de recrutement, d'élaboration législative, de prérogatives, de tradition qu'un semblable projet peut soulever.

Et cependant n'est-il pas indispensable de régler la participation du Conseil à l'œuvre législative par un texte impératif contenu dans une prescription légale ?

Avant de présenter notre essai, examinons les différentes tentatives qui, sous la forme de projets ou de propositions de lois sont parvenues au sein du Parlement depuis la Constitution de 1875 et qui ont eu pour objet d'organiser ou d'augmenter les fonctions législatives du Conseil d'Etat.

Chapitre I

DIVERS SYSTÈMES PROPOSÉS DEPUIS 1872

Si de nombreux juristes regrettaient l'abandon progressif des fonctions législatives du Conseil d'Etat, les Parlementaires eux aussi essayèrent d'ameuter l'opinion : l'orientation de l'institution vers les attributions contentieuses ressuscita les controverses et a favorisé l'éclosion de plusieurs projets et propositions de lois tendant à rendre au Conseil son rôle en matière législative ou à diminuer les fonctions contentieuses de notre institution pour lui permettre de remplir son rôle traditionnel de conseil.

Nous analyserons les principales suggestions.

SECTION I

PROJET FLOQUET (1)

En 1888, la réorganisation du pouvoir législatif parut nécessaire au Gouvernement et le ministre Floquet proposa la révision de la Constitution de 1875. L'exposé des motifs était également signé de MM. René GOBLET, PEYTRAL, FREYCINET, LOCKROY et des autres ministres. Les bases de la réorganisation proposée étaient les suivantes :

1° Une Chambre des représentants élue par le suffrage uni-

(1) « J. O. », Doc. parlem., Chambre, 1888, n° 2, 171.

versel direct se renouvelant par tiers tous les deux ans, ce qui permet de supprimer le droit de dissolution et d'ajournement ;

2° Un Sénat choisi par le suffrage universel à deux degrés avec des conditions d'âge et d'éligibilité, ayant une autorité de contrôle sur l'ensemble des lois et se renouvelant par tiers tous les deux ans, aux mêmes périodes que la Chambre des représentants ;

3° Des ministres nommés par le Président de la République pour la durée de la période de renouvellement législatif et pouvant toujours être maintenus par lui dans leurs fonctions, ces ministres étant responsables devant la Chambre des représentants ;

4° Un Conseil d'Etat désigné par le Sénat et la Chambre des représentants, ayant un rôle consultatif dans la préparation, la discussion et la rédaction des lois au point de vue juridique et renfermant des sections plus spécialement chargées d'éclairer les Assemblées par des avis officiels sur les grandes questions d'affaires touchant aux intérêts du travail, de l'industrie, du commerce, des arts et de l'agriculture.

Ce projet de révision de la Constitution fut, le 14 février 1889, l'objet d'un ajournement indéfini.

Quoi qu'il en soit, le projet de loi avait le mérite de donner au Conseil d'Etat, en face des deux Chambres issues du suffrage populaire, un rôle effectif dans la formation de la loi dans laquelle on avait dégagé les points de vue juridique et politique.

SECTION II

PROPOSITIONS RICARD ET ARNOUS

M. RICARD, dans une proposition présentée en 1891 à la Chambre (1), s'est arrêté à la solution d'un système mitigé qu'on peut résumer de la manière suivante : lorsqu'une Chambre aura voté un projet de loi ou une proposition touchant à la législation civile, commerciale ou criminelle, ou à l'organisation et à la compétence des juridictions, elle devra, avant de la transmettre à l'autre Assemblée, décider par un vote spécial s'il y a lieu ou non de saisir le Conseil

(1) « J. O. » du 30 mai 1891.

d'Etat. Malheureusement, qui nous garantit que ce vote presque toujours négatif, ne finira pas par constituer une pure formalité ?

En 1894, M. ARNOUS présenta une proposition de loi (2) à la Chambre qui tendait à faire intervenir le Conseil d'Etat après le vote de la loi et sa promulgation du *Journal Officiel*. « Cette Assemblée de jurisconsultes (le Conseil d'Etat), lisons-nous dans l'exposé des motifs, opérerait la coordination du texte nouveau avec les textes antérieurs, supprimant les dispositions abrogées, modifiant même s'il est besoin l'ordre, le numérotage des articles de manière à ne former qu'un seul texte, lequel serait publié au *Journal Officiel* revêtu de la signature du Président de la République. Ce travail serait analogue à celui que fit la loi du 30 ventôse An XII, réunissant en un seul corps les trente-six lois qui constituaient primitivement le Code Civil ».

Pour M. ARNOUS, le Conseil d'Etat ne fera qu'une besogne de classement des textes nouveaux dans la législation en vigueur, il respectera l'essence de la loi nouvelle, mais entreprendra les modifications rendues par celle-ci nécessaires dans les lois antérieures.

D'après cette proposition, l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 serait ainsi modifié :

ARTICLE 8. — « Le Conseil d'Etat donne son avis :

» 1° Sur les projets d'initiative parlementaire que les Chambres jugent à propos de lui renvoyer ;

» 2° Sur la coordination à établir entre les lois nouvelles votées au Parlement et les lois antérieures, en apportant à celles-ci les suppressions ou modifications devenues nécessaires. Cette délégation devra être expressément accordée par les Chambres dans chaque cas particulier ;

» 3° Sur les projet de lois préparés par le Gouvernement », etc...

M. ARNOUS a entrevue le rôle strictement juridique du Conseil d'Etat mais, par crainte d'usurper le domaine d'activité des Chambres, il n'a confié à notre institution que des attributions tout à fait secondaires qui consistent davantage dans un classement matériel des dispositions d'une loi qu'en un contrôle efficace des questions juridiques traitées dans un texte législatif.

(2) « J. Ô. » du 10 juillet 1894, Doc. parlam., Chambre, n° 812.

SECTION III

PROPOSITION MARIN (1)

Une proposition de loi tendant à modifier la composition et l'organisation du Conseil d'Etat et à instituer des conseils régionaux en remplacement des conseils de préfecture fut déposée par M. Louis MARIN à la séance du 23 janvier 1920. Les principales suggestions apportées par le député à la réorganisation de l'institution sont résumées par lui dans le Titre I^{er} de l'exposé des motifs ainsi conçu :

« Le Conseil d'Etat doit être l'unique conseil du Gouvernement dans les innombrables affaires de tout ordre, législatives ou administratives pour lesquelles à tous moments les travaux ou l'avis d'une commission sont nécessaires. Désormais il doit être entendu que si le Gouvernement a besoin d'un avis, d'un travail, d'un projet, il le demande directement au vice-président du Conseil d'Etat ou aux présidents des sections compétentes. »

D'après le projet de M. MARIN, trente conseillers d'Etat formeraient le cadre ordinaire du Conseil auquel s'adjoindraient les éléments extérieurs composés de hauts fonctionnaires et de citoyens dont la situation attesterait la compétence spéciale.

Avec ces éléments extérieurs le Conseil d'Etat participerait directement à la vie de la Nation : il aurait sur toutes les questions qui pourraient lui être posées les compétences et les éléments de travail nécessaires.

Dans le Titre II de sa proposition, M. MARIN projetait le remplacement des conseils de préfecture par la création de conseils régionaux qui tiendraient lieu de tribunal administratif de droit commun et auxquels serait partiellement confié le pouvoir réglementaire actuellement attribué aux préfets.

On peut regretter que M. MARIN n'ait vu dans le Conseil d'Etat qu'un conseil de Gouvernement. Lorsque la Constitution de 1848 confia à la Chambre la prérogative de nommer les membres du Conseil d'Etat, celui-ci fut directement le conseil de l'Assemblée législative : les parlementaires sont-ils plus versés dans les études

(1) « J. O. », Doc. parlam., Chambre, n° 222.

juridiques que les gouvernants ? Propositions et projets ont, à notre avis, besoin d'être éclairés de la même lumière : celle du Droit.

SECTION IV

PROPOSITION BENDER (1)

En 1925, M. Emile BENDER, député, déposa une proposition de loi renvoyée à la commission de législation civile et criminelle, et qui tendait à réduire le contentieux du Conseil d'Etat :

« A accroître l'activité contentieuse du Conseil d'Etat, déclare M. BENDER, on risque de troubler l'harmonie établie par l'Histoire, la législation, les besoins d'un grand pays démocratique entre les trois fonctions qu'il remplit. Il participe au pouvoir législatif comme conseil du Gouvernement, en assemblée générale et dans sa section de législation qui est suivant le mot d'un Gardes des Sceaux. M. Ricard, l'âme du Conseil d'Etat. Il est l'agent du pouvoir exécutif comme contrôleur des administrations publiques, dans ses sections administratives et en assemblée générale fermée. Il tient au pouvoir judiciaire comme tribunal suprême administratif dans ses sections du contentieux et en assemblée générale publique.

» Il n'est pas, ne doit pas et ne peut pas n'être qu'une juridiction. Or on tend de plus en plus à le transformer en juridiction, à en faire surtout une Cour de Cassation administrative. »

Après avoir constaté la rupture de l'équilibre en faveur des attributions juridictionnelles du Conseil, M. BENDER déplore que cette dernière fonction s'accroisse au détriment des deux autres et propose comme remède à cette situation la restriction des matières contentieuses confiées au Conseil d'Etat.

Trois domaines de cet ordre doivent rester de la compétence de notre institution.

Il s'agit, suivant M. BENDER, de la connaissance :

1° Des excès de pouvoir, qui assurent au Conseil d'Etat la haute main sur l'administration et lui permettent de faire progresser le Droit et respecter les intérêts privés ;

(1) « J. O. », Doc. parlam., Chambre, n° 1469.

2° Des élections, car il faut ici un juge en dehors et au-dessus du corps électoral et des soupçons ;

3° Des contributions directes qui, surtout depuis l'instauration de l'impôt sur le revenu, exigent un juge éloigné du contribuable et qui ait sa confiance.

L'instigateur de cette proposition rendrait au contraire aux tribunaux judiciaires le jugement des difficultés entre entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant l'exécution des clauses de leurs marchés, des actions en indemnités pour tous dommages résultant de travaux publics, des contraventions de grande voirie et du contentieux des domaines nationaux et partages de biens communaux.

*
* *

Si d'après ces différents projets il n'est pas question de rétablir dans sa plénitude le rôle législatif que le Conseil d'Etat exerçait sous l'Empire, nous assistons cependant à une certaine déception devant la recrudescence des fonctions juridictionnelles de notre institution.

Aussi a-t-on tenté soit en réduisant la compétence du Conseil en matière contentieuse, soit en faisant de l'organisme un rouage de la procédure législative, de faire participer le Conseil d'Etat à la formation de la loi d'une façon utile et non plus illusoire.

Ce sera également l'objet de nos préoccupations : après avoir conféré au Conseil d'Etat des fonctions législatives déterminées, nous essaierons d'établir le fonctionnement du nouvel organisme dans ses rapports avec les pouvoirs concourant à l'élaboration de la législation.

Chapitre II

ESQUISSE D'UNE RÉORGANISATION THÉORIQUE DU CONSEIL D'ETAT

Il semble que tout projet tendant à faire participer à la confection des lois un autre organisme que le Parlement se heurte *a priori* à une objection décisive :

N'est-ce pas demander aux Chambres une abdication, un suicide ? On a pris l'habitude d'identifier Pouvoir législatif et Parlement.

De ce que des trois éléments de la puissance publique, deux, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, sont délégués, et l'autre retenu par les Chambres nanties de la souveraineté nationale, on en conclut que la Chambre des Députés et le Sénat exercent seuls l'autorité législative.

Et cependant la fonction législative fait l'objet d'au moins deux délégations :

L'une s'exerce tacitement par la coutume sous la forme moderne de la jurisprudence : le juriste n'est-il pas obligé de reconnaître que la Cour de Cassation fait œuvre législative, au sens large du mot, et il semble qu'à côté de la législation générale il existe une législation judiciaire qui, sans se mettre en contradiction directe avec la loi, est dans bien des cas parvenue, par des détours, à paralyser l'application de dispositions législatives précises (exemple : la Cour de Cassation a fait tomber dans la masse de la faillite les rentes sur l'Etat appartenant au failli, malgré la loi de l'An VI) (1).

L'autre, expresse, traditionnelle, sur laquelle nous insisterons,

(1) TARBOUTECH, Du Conseil d'Etat, 1894, p. 3.

résulte de l'exercice du pouvoir réglementaire qui, conféré au Président de la République, au préfet et au maire, constitue inévitablement une législation secondaire qui complète les lois et en facilite l'exécution.

La fonction législative a donc toujours fait l'objet de délégations dans une certaine mesure. On pourrait accroître ces délégations.

Mais nous n'avons nullement l'intention d'obliger le Parlement à abdiquer intégralement le pouvoir législatif : les Chambres sont seules qualifiées pour dégager la volonté de la Nation et imposer celle-là au respect universel ; elles doivent donc conserver leurs prérogatives quant au vote de la loi et nous ne saurions faire du Conseil d'Etat une troisième assemblée égale aux deux autres.

Nous proposons seulement un projet qui élargira le droit d'initiative en matière législative, qui rendra au Conseil d'Etat la situation qu'il avait sous l'ancien régime, sous l'Empire, sous la Constitution de 1848 dans la préparation et la rédaction des projets de lois, qui donnera enfin à notre institution le contrôle du pouvoir réglementaire et l'intervention dans l'interprétation des textes législatifs.

Le législateur n'a pas tant à créer le droit qu'à le reconnaître : « ce dernier, a-t-on dit, est plutôt un témoin qui constate le progrès qu'un ouvrier qui le réalise ; il se borne le plus souvent à écrire la coutume, à la vulgariser, à lui donner un corps, une énergie nouvelle ».

Au point de vue politique, la loi sert à donner satisfaction aux légitimes aspirations de l'opinion ; dans un régime parlementaire, l'auscultation de l'opinion publique est le principal guide des Chambres comme il est celui du Gouvernement ; les textes législatifs contiennent des dispositions qui révèlent le souci du législateur à satisfaire les exigences d'une majorité ; on sacrifie la netteté de la conception juridique aux contours mal définis des obligations imposées par la politique du moment.

S'étonnera-t-on que les Chambres soient un déplorable instrument de réforme législatives, si nous examinons seule la valeur juridique d'une loi ? Si la politique commande de faire l'expérience de théories modernes et oblige le législateur à façonner une législation conforme aux besoins de l'économie nouvelle, on ne saurait édifier cette législation sans la mettre en rapports avec l'état actuel des textes, sans faire œuvre de juriste à qui incombe la responsabilité de l'harmonie des lois. Abroger les textes vieilliss ou restés sans appli-

cation, déceler le heurt des dispositions contradictoires, bref placer la loi dans le cadre juridique où il est nécessaire qu'elle soit ajustée sollicitera une compétence juridique à laquelle le Corps législatif s'est le plus souvent avéré étranger.

Il suffit de se reporter aux lois du Droit civil, commercial, pénal, voire même à la législation sociale contemporaine pour se rendre compte combien nos textes sont négligemment établis.

La loi de 1889 sur la liquidation judiciaire a dû être modifiée dès 1890 ; on avait oublié de statuer sur la question de la suspension des poursuites individuelles.

La loi de 1893 sur les sociétés décide que les actions supérieures à 100 francs peuvent n'être libérées que du quart de leur valeur nominale, celles de 25 francs devant être libérées intégralement ; on a omis de statuer sur le régime des actions de plus de 25 francs et moins de 100 francs.

On cite parfois la législation sur l'hypothèque légale de la femme mariée comme modèle de dispositions législatives ambiguës.

Faut-il, plus récemment encore, citer la loi du 5 mai 1928 sur les assurances sociales dont l'inapplicabilité a rendu nécessaire une nouvelle rédaction quelques années plus tard.

La loi du 27 février 1933 sur la liberté individuelle fut revue et corrigée en mars 1935 ; on n'avait pas prévu les répercussions multiples de ce texte et l'aboutissement final absurde de certaines de ses dispositions.

Aussi de nombreux jurisconsultes préfèrent-il le maintien de nos codes vieilliss à tout remaniement qui risquerait d'en aggraver les défauts sans faire naître de réels avantages.

A quoi attribuer cette déficience en matière législative sinon au mode de confection des lois actuelles. En admettant l'heureuse influence de la politique dans le domaine législatif, il devient impossible d'appliquer les textes inspirés par celle-ci, faute d'une préparation juridique indispensable à toute législation évoluée.

A juste titre, nous admirons la perfection relative de nos codes mais notre reconnaissance ne doit-elle pas aller au Conseil d'Etat qui fut l'instigateur et le préparateur d'une législation si parfaite ; cherchons en la cause dans la procédure législative qui lui a donné naissance.

Ne saurait-on aujourd'hui nous inspirer du même régime qui donna à la France les bases de sa législation ? Le Conseil d'Etat doit rester la « cellule » de préparation des textes législatifs ; formée

de juristes éminents, l'institution saura — elle l'a déjà prouvé — imprimer aux projets le caractère juridique nécessaire à toute loi.

SECTION I

LE CONSEIL D'ÉTAT CO-BÉNÉFICIAIRE DE L'INITIATIVE DES LOIS

Le rôle législatif du Conseil d'Etat risquerait d'être illusoire, la mission de l'institution, incomplète, si nous n'octroyons pas à celle-ci une certaine initiative en matière de législation. Si on juge utile l'intervention du Conseil quand il s'agit de déterminer certaines règles de détail, comment ne le serait-elle pas davantage lorsqu'on est en présence d'une codification importante ou de la tentative de combler les lacunes laissées par la législation en vigueur ? Pourquoi, dès lors, laisser l'activité législative qu'on reconnaîtrait au Conseil d'Etat à l'arbitraire des Chambres ou du Gouvernement auxquels seul serait reconnu le droit d'initiative et qui pourraient être tentées de réduire à leur guise le rôle du Conseil d'Etat en restant dans une inaction relative ? Pour quel motif d'ailleurs refuserait-on à notre institution le droit de soumettre à la ratification du Corps législatif des projets dont le principal caractère serait d'être juridique ?

L'initiative des lois peut être confiée à une autre autorité que celle qui vote les lois sans enlever au pouvoir législatif un élément essentiel de son indépendance.

« L'initiative partagée, dit SAINT-GIRONS dans son *Manuel de Droit constitutionnel* (p. 107), est un des meilleurs moyens de collaboration pour les pouvoirs publics. »

En fait l'Histoire nous a montré que l'initiative des lois, loin d'être réservée aux organismes législatifs, avait été souvent l'attribution simultanée du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif, même parfois la prérogative exclusive du chef de l'Etat ou du Gouvernement. Il semble logique de conférer à une institution, à la fois conseil des Chambres et du Gouvernement en matière législative, une prérogative qui permettra de soulever plus de problèmes juridiques et favorisera la préparation de textes de nature à compléter ou codifier les dispositions législatives existantes.

L'impulsion législative ne sera plus commandée exclusivement

par la politique : les problèmes de législation recevront directement l'influence des juristes qui ont pour règle le maintien du Droit, et qui, pour moins connaître les répercussions politiques d'un projet, en jugeront sainement les effets juridiques. Quels avantages ne retirerait pas notre législation d'un travail qui, semblable à celui de la jurisprudence, tenterait de combler les lacunes ou de supprimer les lois superfétatoires ? Or ce travail de coordination juridique ne saurait porter ses fruits que si le Conseil d'Etat jouit de l'initiative des réformes arrêtées dans ses délibérations.

Pourquoi en effet ne permettre qu'aux députés aveuglés par la politique ou aux ministres indirectement contrôlés par le Conseil d'Etat de proposer seuls les réformes qu'ils croient nécessaires ? En quoi consiste en effet cette prérogative si ce n'est dans la faculté de soumettre à la sagacité du législateur un projet qui n'est susceptible de se transformer en loi que si le vote réunit une majorité dans un sens favorable ; c'est la pâture du législateur qui, dédaigneux, est libre de la rejeter. On comprend aisément que le seul droit de présenter un projet de loi au législateur ne porte aucune atteinte à l'intégrité du pouvoir législatif, puisque celui-ci reste souverain maître d'admettre ou de rejeter les dispositions qui lui sont suggérées, voire même de ne voter que celles dont il est lui-même l'instigateur.

En soi, le projet de loi n'a donc aucune valeur : il sert uniquement de support au concept, à la réforme, pour permettre à l'un ou à l'autre de franchir le seuil des Chambres et d'être accepté par elles ou discuté, combattu, amendé, même définitivement rejeté par le Parlement. La prérogative que nous demandons pour le Conseil d'Etat réside donc dans la simple prérogative de suggérer au pouvoir législatif une idée contenue dans un projet devenu directement accessible au vote des Chambres. Cette faculté devrait être largement distribuée et nous ne verrions que des avantages à conférer le droit d'initiative à des organismes supérieurs représentant des intérêts professionnels, intellectuels, sociaux, économiques ou autres qui pourraient ainsi établir des projets d'organisation ou de réformes dans leur sphère d'activité et avec une compétence technique que seuls parfois ils détiennent. Aux Chambres ne seraient alors soumis que des projets étudiés, complets et surtout arrêtés après examen et discussion du statut juridique antérieur,

SECTION II

LE CONSEIL D'ÉTAT PRÉPARATEUR JURIDIQUE DES TEXTES LÉGISLATIFS

Sans retirer aux Chambres la souveraineté en matière législative, on peut donc concevoir — l'Histoire en témoigne — que certaines fonctions législatives puissent être déléguées à des organismes indépendants du Parlement.

Le travail de préparation des lois est une des fonctions législatives les plus propres à bénéficier d'une délégation. Sans chercher des exemples à l'étranger où les peuples ont parfois confié la révision de leur code à des commissions extra-parlementaires comme en Italie ou en Allemagne où fonctionnent des groupements de professeurs de Droit chargés spécialement de l'étude des projets de codifications, nous pouvons déceler même en France le souci qu'ont les Chambres législatives de se décharger du travail d'élaboration des textes : citons la Commission de révision du Code pénal, celle du Cadastre, tous organismes indépendants du Corps législatif.

Mais c'est au Conseil d'Etat que nous proposons de rendre cette fonction de pré-législateur qui fut essentielle et dans l'exercice de laquelle il excella.

Le Conseil d'Etat doit recouvrer une de ses attributions qui ont le plus contribué à sa gloire et que l'Histoire a révélée comme la fonction essentielle de l'institution : son rôle en matière législative.

Faire la loi c'est la voter, au sens constitutionnel du terme ; faire la loi, c'est élaborer le texte législatif, si nous considérons le côté juridique de la fonction. Aux Chambres, institutions politiques, la prérogative de voter la loi ; au Conseil d'Etat, organisme formé d'éminents juristes, le droit de présider à la préparation technique des textes.

Le Conseil d'Etat doit alors connaître obligatoirement de tous les projets de lois soumis aux Chambres ; le Gouvernement trouverait à cette solution de gros avantages : les ministres absorbés par les besognes courantes de la politique et de l'administration ne peuvent consacrer à la préparation des lois le temps et l'attention nécessaires. Il importe cependant que le pouvoir exécutif maintienne son

prestige et conserve son influence en prenant parfois l'initiative des réformes réclamées par l'opinion publique si facilement « auscultée » par l'administration active.

Mais il convient aussi d'admettre que les propositions de lois, bien qu'inspirées dans le sein de la Chambre législative, soient également assujetties à l'examen du Conseil d'Etat ; en effet, non seulement la compétence juridique fait parfois défaut chez les membres des assemblées législatives, mais il serait facile à celles-ci de se saisir des directives d'un projet de loi pour en faire une proposition de loi qui échapperait alors à toute intervention du Conseil d'Etat et par là même au droit de contrôle que nous entendons attribuer à l'institution.

Le Conseil d'Etat connaîtrait alors de la valeur juridique de tout projet que la sagacité d'un gouvernement où le zèle d'un parlementaire voudrait convertir en texte législatif : il donnerait à l'idée née d'une telle initiative une forme et une portée juridiques convenables. Nous réclamons un véritable droit d'intervention pour le Conseil d'Etat, en soulignant une fois encore la précarité du rôle législatif de l'institution lorsque ni les Chambres ni le Gouvernement ne sont légalement tenus à demander l'avis de celle-ci. Fallait-il la clairvoyance d'un Napoléon pour apprécier les services qu'était appelée à rendre notre institution, puisqu'aujourd'hui les avis du Conseil d'Etat sont si rares en matière législative ?

Il est alors indispensable de substituer aux dispositions de l'article 8 de la loi du 24 mai 1872 un texte impératif qui oblige les Chambres et le Gouvernement à chercher un avis éclairé dans le domaine législatif.

Est-ce en effet méconnaître le rôle de conseil de notre institution que de forcer les représentants des pouvoirs législatif et exécutif à prendre l'avis du Conseil d'Etat ? Nullement, nous avons vu que le texte, délibéré en Conseil d'Etat en harmonie avec les principes de Droit, ne saurait en aucune façon être imposé aux Chambres qui seules détiennent la souveraineté législative ; cette prérogative serait toujours réservée au Corps législatif puisque la Chambre des Députés et le Sénat conserveraient la liberté de ne pas sanctionner par un vote conforme un texte soumis à leur approbation.

Nous tenterons, dans notre essai de fonctionnement pratique, de concilier les nouvelles attributions que nous entendons conférer

au Conseil d'Etat avec les prérogatives essentielles des Chambres législatives, mais dès maintenant nous pouvons affirmer notre intention de ne pas dépouiller le Parlement des fonctions qu'on lui reconnaît aujourd'hui en matière de préparation des lois, ni restreindre l'exercice de ses droits d'initiative, de discussion, d'amendements, de vote des textes législatifs. En donnant au Conseil d'Etat un droit de regard sur les projets et propositions de lois, notre but est d'obliger les Chambres à prendre un avis autorisé.

Et cependant, ce simple examen extra-parlementaire de l'œuvre des législateurs n'est pas sans soulever de graves problèmes. Le retard causé par cette procédure semble inadmissible pour les projets urgents et peut même déterminer l'échec de ceux qui ne présentent pas ce caractère. Les lenteurs de cette procédure supplémentaire n'engendreraient-elles pas de sérieuses difficultés. Retrouverait-on pour le vote d'ensemble du projet une majorité peut-être faible qu'avait obtenue le simple exposé de l'idée ? Ne laissera-t-on pas aux adversaires politiques du projet le temps de s'organiser et de combattre efficacement, au moment du vote, des dispositions dont la majorité avait accepté le principe ? Le changement fréquent du personnel parlementaire autorise-t-il une trop lente élaboration législative ?

Mais ces considérations sont-elles suffisantes pour condamner un système qui a le mérite de donner au législateur le temps de la réflexion et de ne rendre obligatoires que des textes mûrement délibérés ? N'est-ce pas assurer une meilleure législation que de permettre aux traditionnalistes d'exposer les avantages d'un système qui a fait ses preuves ou de donner aux adversaires le temps suffisant pour combattre efficacement des dispositions législatives qui, *a priori* seulement, avaient été jugées opportunes ? Et ne tombons-nous pas aujourd'hui dans un excès contraire lorsque des textes hâtivement votés doivent être remis sur le métier pour devenir applicables ? On n'envisage aujourd'hui la portée immédiate de ce que l'on conçoit ; on oublie trop facilement les répercussions multiples qu'une loi peut avoir dans les domaines les plus variés.

Nous admettrons toutefois qu'il est des projets urgents auxquels on ne saurait appliquer une procédure trop lente avant de promulguer le texte législatif, mais il est aisé de permettre une application rapide des dispositions déclarées urgentes, sous la réserve expresse d'un examen ultérieur par le Conseil d'Etat ; l'adoption de la loi

ne sera que provisoire ou bien nous emprunterons à quelques législations étrangères l'usage des lois temporaires (1).

Nous aboutirons alors à une « législation méditée ».

Le Conseil d'Etat sera chargé d'adapter une idée, conçue sous un jour politique, à l'entité juridique que constitue l'ensemble de la législation d'un pays.

Par son intervention antérieure au vote de la disposition législative, notre institution empêchera la publication de lois incohérentes ou incompatibles avec la législation en vigueur.

Pour les projets déclarés urgents par le législateur, le Conseil d'Etat, en examinant *a posteriori* la loi qui, obligatoirement devra être soumise à l'organisme, corrigera les fautes de droit commises par le magistrat politique et donnera au texte une « rédaction juridique » convenable, c'est-à-dire une teneur inspirée des données du Droit et harmonisée avec la législation existante. Il importera cependant que la déclaration d'urgence ne soit faite qu'à bon escient sous peine de compliquer le système : celle-ci d'ailleurs ne s'appliquera guère en pratique qu'à des dispositions d'ordre essentiellement politique, au sujet desquelles le contrôle juridique du Conseil d'Etat a moins d'intérêt.

SECTION III

LE CONSEIL D'ETAT INTERPRÈTE DES TEXTES LÉGISLATIFS

En vertu de la règle « *ejus est interpretari cujus condere legem* », l'interprétation des lois doit appartenir au pouvoir législatif. En fait, si le roi, sous l'ancien régime, détenait cette prérogative, nul ne conteste qu'il l'exerça en tant que législateur. L'article 7 du Titre I^{er} de l'Ordonnance de 1667 réserve au roi seul la compétence de l'interprétation législative :

« Si, dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours de Parlement et autres cours, il survient aucune difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres patentes, nous leur défendons de les interpréter mais

(1) DONNAT, La politique expérimentale, 2^e édit., p. 168.

nous voulons qu'en ce cas, elles aient à se retirer par devers nous pour apprendre ce qui sera de notre intention. » Alors le roi, seul législateur, interprétait seul les lois et l'interprétation devait précéder le jugement.

Le principe de la séparation des pouvoirs posé par la Révolution confirmait le droit du législateur à l'interprétation des textes législatifs.

L'article 12 du titre 2 de la loi des 16-24 août 1790, l'article 21 de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, l'article 256 de la Constitution du 5 fructidor An III, l'article 23 de la loi du 18 vendémiaire An VI, les articles 52, 65 et 66 de la Constitution de l'An VIII ont tous rappelé le principe et admis que l'interprétation des lois était un droit essentiel de l'autorité législative.

Si l'on remarque le rôle du Conseil du Roi qui, au nom du Monarque, rendait des arrêts d'interprétation législative, et le droit d'interprétation reconnu plus tard au Conseil d'Etat de Napoléon par l'article 11 de l'arrêté du 5 nivôse an VIII et la loi du 16 septembre 1807, on est tenté de considérer qu'en fait l'interprétation législative appartient souvent à notre institution. Aussi notre intention de confier au Conseil d'Etat l'interprétation des lois trouvera-t-elle dans l'Histoire un précédent qui témoigne avec quel désintéressement l'organisme put accomplir cette mission.

Mais avant d'exposer les motifs que nous avons de rendre au Conseil d'Etat une de ses anciennes attributions législatives, il nous faut examiner la nature juridique et la portée du droit d'interprétation législative.

§ 1. — *Nature juridique de l'interprétation législative*

Chargé d'appliquer la loi, le magistrat doit, sous peine de déni de justice, interpréter le sens, l'esprit du texte législatif muet sur la question qu'il est appelé à juger; et chaque tribunal peut, d'après ses lumières propres, trouver une interprétation différente de celle donnée concomitamment dans d'autres prétoires ou antérieurement par la jurisprudence. C'est le sens général des dispositions contenues dans l'article 4 du Code Civil; aussi serait-on tenté de conclure à l'inexistence ou l'inutilité d'une prérogative semblable confiée au corps législatif, si une différence essentielle n'existait entre l'interprétation du juge et celle du législateur : dans le premier cas il y a

« application » de la loi, dans le second, véritable « interprétation législative ».

Pour appliquer la loi, le juge doit la comprendre, l'analyser et l'adapter au cas particulier qui lui est soumis; le rôle du juge se borne à transposer les dispositions de la législation en vigueur dans le domaine qu'il est chargé d'examiner et l'interprétation judiciaire qu'il donne de la loi n'a que l'autorité relative de la chose jugée.

Mais si le texte législatif que le juge a mission d'appliquer est obscur il y a lieu à interprétation législative qui doit émaner exclusivement de l'autorité qui a élaboré la loi et à la même portée générale que la loi elle-même.

Le juge doit également appliquer tous les actes administratifs que les parties invoquent devant lui. Mais si le sens de ces actes donnent lieu à contestation le magistrat de l'ordre judiciaire ne peut interpréter les actes litigieux; l'appréciation de la validité de ces actes, l'explication des dispositions obscures qu'ils renferment appartiennent exclusivement à l'autorité administrative : il y a là une question préjudicielle qui oblige le magistrat judiciaire à surseoir à statuer.

Celui-ci ne saurait se substituer ni à l'autorité administrative ni au pouvoir législatif dans les cas où les lois, les actes administratifs ne sont pas suffisamment clairs pour donner lieu à une application rigoureuse de leur contenu.

Pour donner lieu à interprétation législative, il faut, nous l'avons dit, être en présence d'un texte obscur, ambigu, c'est-à-dire inapplicable dans sa teneur actuelle aux cas pratiques qui sont soumis à son autorité.

L'interprétation législative peut être aussi justifiée lorsque, les termes de la loi étant clairs, le sens qu'ils expriment paraît absurde ou la portée pratique dépasser visiblement l'intention du législateur, ou encore quand l'application d'un texte démontre sa contrariété aux bonnes mœurs ou à l'utilité publique.

Interpréter une loi sera alors en fixer souverainement le sens et la portée. Le texte, ainsi souverainement interprété, vient remplacer les termes de la loi soumise à interprétation et bénéficie des mêmes caractères que l'acte législatif antérieur. On conçoit la nécessité de cette interprétation souveraine : en cas de doute grave sur l'esprit véritable d'une loi, en cas de dissentiment entre les autorités chargées d'appliquer un texte, il faut un autre texte de même portée générale qui, par son autorité, supprime les contestations en précisant l'esprit des dispositions litigieuses.

Nous avons ainsi dégagé le double sens de l'interprétation des lois. A deux besoins, deux remèdes; d'une part la nécessité de juger les procès particuliers demande au profit du magistrat un certain droit d'interprétation limité à l'espèce soumise; d'autre part, l'obligation d'assurer l'application de la loi en conformité avec l'esprit du législateur peut provoquer le besoin d'une interprétation des textes dont l'autorité doit revêtir celle de la loi.

§ 2. — *Application historique de la règle « ejus est interpretari
cujus condere legem »*

Depuis la Révolution, le principe même de la séparation des pouvoirs pose une frontière entre les deux modes d'interprétation législative dont nous venons d'examiner la nature juridique; au seul pouvoir judiciaire doit appartenir l'interprétation particulière des lois que celui-ci est chargé d'appliquer; doit être réservée au seul pouvoir législatif l'interprétation générale par voie d'autorité des lois qui émanent de ce dernier. Il n'appartient, en effet, ni à l'autorité judiciaire de poser des règles générales pour l'avenir ni au pouvoir législatif de s'ingérer dans la décision de cas particuliers; le juge ou le législateur empièterait sur les attributions respectives de l'un ou de l'autre.

Dès l'ancien régime d'ailleurs, l'adage « ejus est interpretari
cujus condere legem » semblait résoudre aisément cette question de compétence. Seul le législateur pouvait interpréter un texte dont il était l'auteur. Mais le Roi détenait tous les attributs du pouvoir et on n'avait pas imaginé de discuter l'origine de cette attribution spéciale.

D'après les articles 20 et 21 de la Constitution de 1791 c'était au corps législatif qu'il appartenait de prendre un « décret déclaratoire de loi ».

En fait l'Histoire a montré que depuis la Révolution l'interprétation législative a toujours été un attribut du pouvoir législatif. Si le Consulat et l'Empire ont confié au Conseil d'Etat une fonction qui paraissait devoir revenir au Corps législatif, cette solution s'explique sous un régime où il y avait deux législateurs qui se trouvaient côte à côte, d'après M. de Cormenin : « le législateur de droit dont les pouvoirs négligés ou plutôt assouvis dormaient dans le sein d'une constitution morte et le législateur de fait dont le Conseil d'Etat

était l'âme et le vivant organe ». C'est à ce titre en effet que l'institution de l'an VIII doit son rôle d'interprète des lois.

Depuis la Restauration, le rétablissement du Corps législatif dans la plénitude de ses attributions et le refus de laisser le Conseil d'Etat concourir constitutionnellement à la confection des lois dépouillèrent notre institution de l'attribution que lui avait réservée la loi du 16 septembre 1807 (1). En 1817 il y eut nécessité d'interpréter les articles 115 et 160 du Code de Commerce; l'interprétation fut donnée par une loi, celle du 19 mars 1817, et le rapport de M. le Comte de Sèze soulignait l'intention du Gouvernement du Roi de rendre au pouvoir législatif le droit d'interprétation, l'une de ses attributions essentielles. Dès lors il fut toujours reconnu que le pouvoir de qui émanent les lois a seul le droit de les interpréter. Le Conseil d'Etat, cependant, dans sa séance du 27 novembre 1823, émettait l'avis que « la loi du 16 septembre 1807, relative à l'interprétation des lois, était parfaitement compatible avec le régime constitutionnel établi par la Charte », après avoir considéré que la loi de 1807 n'ayant été abrogée ni tacitement ni explicitement, aux termes de l'article 2 de cette loi l'interprétation, étant donnée dans la forme des règlements d'administration publique, devait rester l'apanage du Conseil d'Etat. Si l'avis du Conseil d'Etat rendu le 27 novembre 1823 (2) donne au Conseil un certain pouvoir d'interprétation, il fait une distinction qui, pour n'avoir pas encore été présentée, empêche de prétendre que l'institution avait recouvré son ancienne prérogative.

L'avis de 1823, en admettant la nécessité de l'intervention de l'autorité législative en matière d'interprétation générale et législative, ne reconnaît au Conseil d'Etat que le droit de statuer, à l'occasion d'un procès, par voie d'interprétation sur des litiges particuliers et sans que cette interprétation puisse servir de règle pour les tribunaux dans les cas analogues. On était en présence d'une véritable fonction judiciaire octroyée au Conseil d'Etat au préjudice du principe de la séparation des pouvoirs; l'ordonnance que le roi rendrait en vertu de l'avis du Conseil revêtirait l'aspect d'un véritable jugement; on a fait remarquer qu'une ordonnance du roi pourrait prononcer la peine de mort par voie d'interprétation et qu'ainsi il se

(1) Articles 1 à 5 de la loi de 1807.

(2) DUVERGIER, « Lois et Décrets », n° 24, p. 390 : avis du 17-26 décembre 1823.

dépouillerait du droit de faire grâce. En fait, deux ordonnances interprétatives ont été rendues en exécution de l'avis du Conseil d'Etat : l'une du 1^{er} septembre 1827, l'autre du 23 janvier 1828, toutes deux concernant des matières pénales, doivent être regardées comme spéciales au cas pour lequel chacune d'elles a statué et d'ailleurs plusieurs cours et tribunaux ne se sont point considérés comme liés par leurs dispositions ; on s'est refusé à y voir une interprétation générale et législative.

La loi du 30 juillet 1828 (1) abrogeant la loi de 1807 devait définitivement trancher la question relative à l'interprétation législative, et dire qui, du roi seul ou du pouvoir législatif, devait détenir la prérogative de l'interprétation des lois. La tradition l'emporta et on respecta l'adage « ejus est interpretari cujus condere legem » en rendant, dans ses article 1, 2, 3, au corps législatif une attribution essentielle. Lorsque l'interprétation d'une loi est rendue nécessaire, « il en est référé au Roi pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi » ; d'après l'art. 3 : « dans la session législative qui suit le référé, une loi interprétative est proposée aux Chambres ». La loi du 1^{er} avril 1837, en abrogeant celle de 1828, rendait à l'autorité judiciaire l'interprétation judiciaire de la loi.

Etaient en effet distinguées : l'interprétation judiciaire de la loi, fixée par les tribunaux dans le cas particulier qui leur est soumis et dont l'autorité ne saurait qu'être limitée à celle de la chose jugée ; et l'interprétation législative rendue par le Parlement seul détenteur de la souveraineté législative et seul habilité pour donner à un texte de loi obscur un sens et une portée objective, obligatoire dans l'avenir au regard de tous les citoyens.

§ 3. — *Rôle du Conseil d'Etat dans l'interprétation législative*

Après avoir combattu l'ingérence du Conseil d'Etat dans le domaine judiciaire lorsque l'institution se croyait autorisée à rendre sur un cas particulier une interprétation spéciale dont la portée était limitée à l'autorité relative de la chose jugée, nous proposons de con-

(1) DUVERGIER, op. cit. n° 28, p. 271.

fier au Conseil la prérogative d'interpréter la loi par voie d'autorité à la place du Parlement.

Si nous avons convenu et convenons encore que le droit d'interprétation législative doit être réservé à l'organe d'où émane la loi, nous n'avons pas encore analysé le sens véritable que cachent les mots « *condere legem* » contenus dans un adage qui n'est plus discuté.

Nous nous sommes efforcés de distinguer théoriquement dans le tout que forme une loi l'élément politique et l'élément juridique qui concourent à sa formation. Nous avons reconnu que les Chambres devaient, sans contestation, conserver le droit d'émettre et de discuter une mesure que la politique paraissait leur commander ; mais nous avons réservé au Conseil d'Etat le soin d'élaborer la rédaction juridique du projet de loi soumis, soit avant soit après le vote des Chambres, à l'examen de notre institution.

Nous nous trouvons alors en présence de deux organismes chargés de la préparation de la loi : le Parlement et le Conseil d'Etat ; auquel des deux attribuer la fonction contenue dans le mot « *condere* » ? ; quel est le véritable auteur du texte législatif ?

A priori, le Parlement, qui détient la source de toutes les prérogatives reconnues au pouvoir législatif, doit bénéficier normalement du droit d'interpréter les lois, mais il nous paraît logique d'attribuer l'interprétation des lois à l'organe d'où émane l'élaboration juridique des textes. Quoi de plus naturel que de charger celui-ci de révéler l'esprit des lois dont il fut l'instrument de confection ?

En effet, ce sont précisément les dispositions juridiques qu'il y a lieu d'interpréter : c'est le heurt de celles-ci avec les textes encore en vigueur ou avec une pratique différente qui constitue le véritable litige. L'esprit du législateur qu'on cherche à éclairer en provoquant l'interprétation d'un texte, c'est l'intention qui a présidé à la confection juridique de la loi.

D'après le système d'élaboration législative que nous avons proposé, le rôle d'interprète revient alors au Conseil d'Etat. Le Parlement à notre avis n'intervient que comme instigateur politique d'une règle dont le cadre juridique lui échappe. Or la notion politique ne joue le rôle que de mobile, de source, de cause directe de la législation ; lorsque la loi est votée, peu importe la cause, l'origine ou le but qui a poussé la majorité légiférante à adopter un projet. On est seulement en présence d'un texte conçu juridiquement dont les dispositions, plus ou moins clairement adaptées au statut juridique

antérieur qu'elles complètent, réforment ou suppriment, peuvent nécessiter l'interprétation de leur teneur si l'application se montre délicate.

Le Parlement interpréterait-il sagement des textes dont il a conçu l'application politique mais dont il n'a pas recherché lui-même les effets juridiques ?

Comment interpréter une loi qui fut votée dans une législature antérieure par des groupes politiques parfois opposés à ceux qui sont saisis de l'interprétation. Nous ne serions plus en présence d'une interprétation rendue avec l'esprit qui avait animé la préparation du texte obscur; la loi interprétative ne laisserait pas d'avoir le caractère d'une véritable loi nouvelle ne respectant aucunement l'intention fugitive du premier législateur, mais cherchant au contraire à faire bénéficier les dispositions à interpréter des progrès de la politique du jour.

Le rôle politique joué par les Chambres poussera celles-ci à ne point respecter le principe de la non-rétroactivité de la loi. principe d'ordre essentiellement juridique: la délicate application de celui-ci demande l'intervention d'un organisme dont le respect du droit est le seul mobile.

On ne niera pas les avantages de confier au Conseil d'Etat le droit d'interpréter les textes législatifs; les Chambres, par leur mode de recrutement échappent au fondement d'une tradition quelconque.

Si la fréquence des élections des membres du Parlement est considérée comme un moyen indispensable de sonder souvent l'opinion publique et de faire apparaître au sein des assemblées le « statut politique du moment », les problèmes juridiques demandent au contraire un travail d'élaboration de longue haleine et le maintient d'une certaine tradition dans la confection d'une législation. Le Parlement est impropre à assurer aux lois cet élément traditionnel que peut seule offrir une Assemblée comme le Conseil d'Etat qui a toujours su faire respecter le droit sous les régimes les plus divers.

S'il importe que la législation soit homogène il est encore plus nécessaire que l'interprétation des lois ne soit pas confiée à un organisme dont les éléments sont essentiellement variables et temporaires; le Conseil d'Etat représente dans notre système le seul élément stable de l'élaboration législative.

§ 4. — *L'initiative en matière d'interprétation législative*

Mais à qui confier l'initiative de l'interprétation des lois ?

La loi des 16-24 août 1790, titre II, article 12, s'exprime en ces termes : « les juges ne pourront faire de règlements mais ils s'adresseront au Corps législatif, toutes les fois qu'ils croiront nécessaire soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ». Cette disposition générale donnait aux magistrats du pouvoir judiciaire la faculté de porter devant le Corps législatif tout texte qui leur paraissait obscur.

L'article 12 de la loi des 27 novembre - 1^{er} décembre 1790, rendait obligatoire l'intervention du pouvoir législatif qui prenait un « décret déclaratoire de loi », lorsqu'un jugement avait été cassé deux fois et qu'un troisième tribunal avait jugé en dernier ressort de la même manière que les deux premières.

Les mêmes dispositions sont reproduites dans la Constitution du 3 septembre 1791 et dans la Constitution du 5 fructidor an VII, celle-ci voulant que le référé au Corps législatif ait lieu dès après une première cassation. La loi du 18 vendémiaire an VI applique les mêmes principes aux décisions des conseils permanents de revision des jugements des conseils de guerre (1). Aux termes de l'article 23 de cette loi : « lorsqu'après une annulation le second jugement sur le fond est attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question ne peut plus être agitée au conseil de révision; elle est soumise au Corps législatif qui porte une loi à laquelle le conseil de révision est tenu de se conformer ».

L'initiative de l'interprétation de la loi appartenait alors au pouvoir judiciaire; le référé législatif était tantôt automatique après l'intervention de la Cour de Cassation, tantôt laissé à la souveraine appréciation d'un tribunal, en cours de procès délicat.

Le système de l'an VIII prévoit au contraire l'initiative du pouvoir exécutif en matière d'interprétation législative; l'article 11 du règlement du 5 nivôse an VIII porte : « Le Conseil d'Etat développe le sens des lois, sur le renvoi qui lui est fait par les consuls des

(1) DUVERGIER, op. cit., n° 10, p. 85.

questions qui leur ont été présentées ». Sous l'Empire, à l'apogée du pouvoir exécutif, ce dernier fut seul à jouir du droit de porter devant le Conseil d'Etat l'interprétation des textes législatifs.

Sous la Restauration, le Roi avait l'initiative de la loi que lui conférait l'article 16 de la Charte du 4 juin 1814; il pouvait aussi proposer au Corps législatif l'examen d'un texte obscur; telle est en effet l'intention du législateur contenue dans la résolution des deux Chambres de 1814 et précisée dans l'article 3 du texte ainsi conçu : « la déclaration interprétative est proposée, discutée, adoptée et promulguée dans la forme ordinaire des lois ».

D'après l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Président de la République a l'initiative des lois concurremment avec les membres des deux Chambres. On doit en déduire qu'aux mêmes autorités appartient l'initiative en matière d'interprétation législative et que celle-ci est strictement refusée aux membres du pouvoir judiciaire, comme aux agents inférieurs de l'autorité exécutive.

Le problème de l'initiative en matière d'interprétation des lois a donc été diversement résolu dans l'Histoire. On a admis que tantôt le pouvoir judiciaire, tantôt le pouvoir exécutif étaient habilités à provoquer l'interprétation d'un texte. La rareté des lois interprétatives avait fait attacher peu d'intérêt à la question et pratiquement peu importait la qualité de l'organisme qui soumettait au législateur des textes obscurs.

Nous pensons cependant qu'il convient de résoudre une question de principe et il nous paraît que les solutions jusqu'à présent admises ne reposent sur aucun motif juridique.

Pourquoi sollicite-t-on l'interprétation des dispositions obscures d'un texte législatif ? Parce que l'application pratique de ce texte se montre difficile, voire même impossible et met en lumière les conséquences imprévues, contradictoires, immorales, illicites qui avaient échappé au rédacteur de la loi. Or, à un point de vue différent mais d'une manière également directe, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont chargés d'appliquer la législation; leur rôle respectif les met tous deux au premier plan pour apprécier les effets et la portée des lois dans le domaine concret de leur application particulière. Nous devons donc reconnaître au même titre au pouvoir exécutif et au pouvoir judiciaire le droit de provoquer des « référés législatifs ». Toute autorité qui préside à l'exécution de la loi doit

donc bénéficier, à notre avis, du droit d'initiative en matière d'interprétation législative et nous refuseront au contraire cette prérogative au Parlement qui, sous le couvert d'une loi interprétative, ne manquerait pas d'établir une nouvelle disposition législative à effet rétroactif.

Mais il nous faut organiser cette nouvelle attribution léguée à l'autorité exécutive et au pouvoir judiciaire.

Permettre à tout représentant de l'autorité exécutive de demander à l'organe législatif l'interprétation d'une loi qu'il juge inapplicable ou obscure serait amener le Parlement, et le Conseil d'Etat dans notre système, à fournir sans cesse des « explications » sur la législation en vigueur: on soumettra bientôt les cas particuliers au législateur; celui-ci en arriverait à faire autant de lois que de situations particulières à réglementer; de législateur il deviendra gouvernant et la séparation des pouvoirs ne sera pas respectée.

Aussi préconisons-nous de ne donner qu'au seul Président de la République l'initiative de l'interprétation législative qui agira spontanément ou sur le rapport d'un ministre pour demander à l'organe législatif la consultation que l'application de la loi dans le domaine exécutif a rendue nécessaire.

Confier à tous les magistrats de l'ordre judiciaire ce même droit de demander l'interprétation législative aboutirait également à enfreindre le principe de la séparation des pouvoirs si chaque juge embarrassé pouvait confier au législateur le soin de trouver une solution au litige qui se présente devant lui: le législateur deviendra juge au même titre qu'il serait devenu administrateur dans le premier cas envisagé.

Aussi est-il indispensable de ne reconnaître qu'au seul Procureur général près la Cour de Cassation et au Commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'Etat le droit de demander au pouvoir législatif l'interprétation d'une loi dont l'examen par les tribunaux judiciaires et administratifs a révélé l'obscurité.

Ainsi limité, le droit de demander l'interprétation législative ne sera employé qu'à bon escient: le législateur, l'administrateur et le juge conserveront leurs attributions naturelles. Les lois interprétatives auront toujours le caractère exceptionnel qui doit s'attacher à leur nature. Mais il est nécessaire que le législateur, sous le prétexte de rendre une loi interprétative, ne puisse pas violer le principe de l'autorité de la chose jugée sous peine d'enfreindre la séparation des pouvoirs en substituant sa volonté à celle de juge.

SECTION IV.

LE CONSEIL D'ETAT DÉTENTEUR DU POUVOIR RÉGLEMENTAIRE

La haute mission que nous avons proposé de rendre au Conseil d'Etat en lui confiant l'initiative, la préparation juridique et l'interprétation des textes législatifs, nous pousse aux confins des fonctions législatives puisque nous sommes tentés d'attribuer à notre institution le contrôle du domaine du pouvoir réglementaire.

L'Histoire montre que le Parlement a renoncé à statuer sur certaines matières législatives pour laisser au Gouvernement le soin de régler seul l'organisation des services publics ou même d'apporter, en vertu d'une sorte de délégation législative, quelques modifications ou quelques dispositions complémentaires à certaines lois antérieures.

De nombreux auteurs ont cherché à établir la nécessité et à prouver les bienfaits du pouvoir réglementaire confié à l'autorité exécutive. Nos constitutions les plus récentes comme celles de l'ancienne monarchie ont souvent dévolu au seul Roi ou Président de la République le droit d'accomplir les actes de législation secondaire en vertu d'un pouvoir appelé réglementaire. On a vu dans cette prérogative de l'exécutif le gros avantage d'une législation rapide et particulièrement adaptée aux nécessités de l'administration courante.

Et cependant AUCOC (1) juge assez sévèrement ce qui, dans l'Histoire, est regardé depuis longtemps comme un droit du pouvoir exécutif et une solution heureuse de l'adaptation de la législation à la pratique : « Si l'intervention du Conseil d'Etat, dit M. Aucoc, est jugée utile quand il s'agit de déterminer certaines règles de détail fixées par une loi spéciale, comment ne le serait-elle pas plus quand le Gouvernement prend l'initiative d'un règlement pour combler les lacunes de la loi, organiser un service public, imposer aux citoyens des obligations. N'est-ce pas alors plus que jamais qu'il importe que les garanties soient données à l'intérêt public et aux intérêts privés

(1) Conférences de Droit administratif.

contre les abus possibles du pouvoir réglementaire, contre une sorte d'usurpation du pouvoir législatif ».

Nous ne saurions que nous rallier à l'opinion de M. Aucoc et déplorer tant l'organisation actuelle du pouvoir réglementaire que l'imprécision de son domaine et son application arbitraire. L'usurpation des attributions législatives par le Gouvernement atteint même parfois des proportions exagérées : des constitutions modernes, inspirées par la nécessité d'une certaine permanence de la fonction législative mais se défiant du pouvoir législatif, ont octroyé au Gouvernement l'exorbitante faculté de faire la loi. La Constitution Polonaise, dans son article 44, modifié en 1926, donne en effet au Gouvernement le droit de « faire des règlements ayant force de lois » en l'absence de la Diète dissoute.

De nos jours, l'usage des décrets-lois a montré jusqu'où peut mener la délégation législative en faveur du pouvoir exécutif et combien dangereux peut être l'exercice par le Gouvernement du pouvoir réglementaire.

Aussi pensons-nous qu'en conférant au Conseil d'Etat la délégation du pouvoir réglementaire, nous répondrons aux deux vœux contenus dans l'appréciation de M. Aucoc : interdire au pouvoir exécutif l'usurpation de fonctions législatives et assurer en matière réglementaire une compétence technique indiscutée.

§ 1. — *La nature juridique du pouvoir réglementaire*

Il est difficile de délimiter exactement le domaine du pouvoir réglementaire de même qu'il est malaisé de trouver de la nature juridique de ce dernier une définition qui n'ait pas été sujette à controverse.

Il est en effet impossible de s'appuyer sur un critérium historique pour tenter de rechercher le véritable domaine du pouvoir réglementaire : sous l'Ancien Régime, il était confondu avec tous les attributs du pouvoir entre les mains du Roi. Depuis la Révolution, l'Assemblée Législative a fait de nombreux règlements, la Convention qui réunissait tous les pouvoirs légiférait, administrait et jugeait au point qu'il est vrai de dire qu'il n'y avait alors de véritables lois, parmi les innombrables décrets qu'elle a rendus, que ceux qui avaient réglé des objets généraux. Parmi les décrets de Napoléon, on dut trier ceux qui statuaient sur des objets particuliers et ceux qui ré-

glaient une situation objective et générale. Des Ordonnances de la Restauration, les unes, rendues en vertu du mandat particulier con-signé par le législateur dans une loi organique, étaient dites législa-tives (1); les autres, publiées dans des cas extraordinaires dont le pouvoir exécutif demeurait seul appréciateur, étaient faites au nom de la sûreté de l'Etat.

HENRION DE PENSEY, ancien Président de la Cour de Cassation, renonçait lui-même à trouver un critérium : « Qu'est-ce que le pou-voir réglementaire ? Quelle est sa nature ? Quelles sont ses bornes ? Je ne connais pas de réponse très satisfaisante à ces questions », disait-il (2).

Et M. DE CORMENIN jugeait ainsi la Restauration : « On n'a jamais jusqu'ici bien déterminé soit les matières qui doivent être réglées par les ordonnances, soit les formes, les effets et le degré de force obligatoire des ordonnances elles-mêmes; on est tombé à cet égard dans des méprises singulières ».

Les actes réglementaires ont régi dans maintes circonstances des matières que d'aucuns n'auraient attribuées qu'au législateur. Com-ment douter de l'influence exercée par le pouvoir réglementaire dans notre Histoire; comment n'être pas saisi de la fragilité du critérium proposé par la théorie formelle pour distinguer les règlements des lois, lorsqu'on assiste avec M. de Cormenin à la confusion historique des deux notions que la Révolution avait cherché à rendre opposées : « Sous la République, dit-il, le pouvoir exécutif s'étant perdu, en-glouti dans les Assemblées législatives, les résolutions les plus min-ces, des condamnations d'individus, de simples mesures de police ou d'administration restreintes à des objets particuliers y prenaient le nom pompeux de lois. Sous le Régime Impérial, tandis que le Corps législatif prononçait solennellement sur l'aliénation ou l'échan-ges d'une parcelle de biens de communes, on tourmentait la propriété sous toute la face de la France par des règlements généraux d'admi-nistration publique, mot vague qui veut tout dire pour celui qui peut tout ce qu'il veut ».

Nécessité est donc de dégager les éléments intrinsèques pour définir l'acte réglementaire.

(1) Discours de M. ROY, député, à l'occasion de l'Ordonnance du 22 mai 1816 (recueil Isambert).

(2) « De l'autorité judiciaire », p. 27.

PORTALIS, dans le Discours préliminaire sur le Code Civil, distinguait le règlement de la loi en ces termes : « Les lois proprement dites diffèrent des simples règlements; c'est aux lois à poser dans chaque matière les règles fondamentales et à déterminer les formes essentielles; les détails d'exécution, les précautions provisoires ou accidentelles, les objets instantanés ou variables, en un mot, toutes les choses qui sollicitent bien plus la surveillance de l'autorité qui administre que l'intervention de la puissance législative qui institue ou qui crée sont du ressort des règlements ». Pour Portalis, les règlements sont des actes de magistrature politique; les lois, des actes de souveraineté.

Opposé, d'autre part, au simple acte administratif, le règlement complète la loi tandis que celui là l'exécute. Mais alors que l'autorité exécutive a pleins pouvoirs pour faire appliquer la loi en rendant des décrets individuels, elle usurpe les fonctions législatives lorsqu'elle dispose par voie générale. Nous avons montré que le caractère du règlement se confondait avec celui de la loi, puisque, comme elle, il énonce des dispositions générales; nous avons été mis en présence du même critérium de généralité qui avait été dégagé de la notion de loi.

§ 2. — *Portée du pouvoir réglementaire*

Mais pour apprécier la véritable portée du pouvoir réglementaire, il nous faut en rappeler la source et distinguer le pouvoir propre reconnu au chef de l'Etat par l'article 3 de la loi du 25 février 1875 du droit laissé au Président de la République, aux ministres, aux préfets et aux maires par les dispositions d'une loi particulière. Dans ce dernier cas, seulement, les Chambres conservent la faculté de refuser ou d'étendre les pouvoirs réglementaires des agents exécutifs; elles restent maîtresses de cette faculté et ordinairement la délégation est restreinte et ne porte que sur quelques détails que le législateur n'a pas voulu fixer lui-même. Est au contraire exorbitante la prérogative laissée au chef de l'Etat auquel l'interprétation large d'un article constitutionnel permet, nanti d'un véritable pouvoir propre, de prendre les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois. Tandis que la loi a indiqué pour les agents exécutifs inférieurs les matières qu'il leur appartenait de régler, le point de

vue auquel il leur fallait se placer, le but qu'ils devaient chercher à atteindre, la constitution n'a fixé aucune limite au pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat.

Il nous paraît utile de conserver le pouvoir réglementaire attribué actuellement aux préfets et aux maires pour assurer l'ordre dans les matières dont le soin leur a été spécialement confié, car il s'agit alors d'une délégation spéciale du législateur dans un domaine que celui-ci serait impropre à réglementer et dont les limites se confondent strictement avec celles de la circonscription départementale ou communale : Veiller à la conservation des propriétés publiques, à celle des forêts, rivières, chemins et autres choses communes, pourvoir au maintien de la salubrité publique, assurer la paix et la tranquillité publiques, voire même la sécurité générale est en effet le propre d'une fonction exécutive. Il est incontestable que les maires et les préfets, par conséquent les agents exécutifs, sont les plus compétents pour apprécier les circonstances et édicter les mesures propres à sauvegarder l'intérêt public, tout en connaissant la mentalité de leurs administrés et la manière de ne demander à ceux-ci que le sacrifice minimum de leurs intérêts.

Ne saurait-on même avec justesse se ranger à l'avis de HENRION DE PENSAY qui décèle dans les règlements émanés du chef de l'Etat et ceux relevant du pouvoir municipal une nature juridique différente. Au dire de ce haut magistrat le pouvoir de faire dans la circonscription de chaque municipalité les règlements que le maintien de la police locale exigent n'est pas une concession de la puissance publique: les officiers municipaux tiendraient au contraire ce droit de leur mandat ou, pour parler plus exactement de cette règle de droit naturel qui autorise tous les individus et par conséquent les corporations d'habitants à veiller à leur conservation.

Ce serait nous permettre de dissocier mieux encore les règlements du Chef de l'Etat de ceux qui émanent des agents exécutifs inférieurs, de reconnaître aux uns et aux autres une nature juridique différente, mais nous ne pensons pas devoir aller aussi loin qu'Henrion de Pensay.

C'est en raison même de l'importance et du caractère général des règlements faits par le Chef de l'Etat que nous refusons à ce dernier l'exercice du pouvoir réglementaire; tout d'abord, le pouvoir propre conféré en cette matière au Président de la République, outre qu'il n'est pas contenu dans la constitution, est une atteinte au principe absolu de la séparation des pouvoirs; de plus, l'Histoire a mon-

tré le danger de l'importance croissante des dispositions prises par de simples règlements, véritable droit de législation délégué au Chef de l'Etat par un législateur, dispensateur trop prodigue de ses prérogatives essentielles.

Comment nier, en effet, que certains règlements constituent de véritables dispositions législatives : le décret du 27 avril 1889, fixant les conditions applicables aux divers modes de sépulture, le décret du 25 novembre 1889 rendu en exécution de l'article 23 de la loi du 15 juillet 1889, sur le recrutement de l'armée; le décret du 30 novembre 1890, sur la taxe militaire, justifient sans doute la confiance du Parlement dans l'autorité exécutive, mais ne laissent pas de dépouiller le pouvoir législatif de ses attributions essentielles.

Plus près de nous, le contenu du Code de la route inséré dans un décret du 27 mai 1921, modifié par décret du 31 décembre 1932, aurait pu faire l'objet d'une loi formelle et personne n'aurait prétendu que ces dispositions générales n'auraient pas eu le caractère de lois matérielles (1).

Au nombre décroissant des projets de lois soumis au Conseil d'Etat, il convient d'opposer celui qui augmente d'année en année des règlements d'administration publique pour montrer encore toute l'importance qu'a pris de nos jours l'exercice de cette législation secondaire.

Rendons alors aux Chambres législatives le droit de légiférer dans tous les domaines sans risques d'être combattues par un dangereux pouvoir propre abandonné au profit de l'organe exécutif en matière réglementaire. Efforçons-nous d'assurer une meilleure élaboration de la législation secondaire en confiant au Conseil d'Etat la préparation des dispositions législatives complémentaires ou transitoires que les Chambres renoncent à examiner elles-mêmes.

§ 3. — *Rôle du Conseil d'Etat en matière réglementaire*

Sous la législation de l'an VIII, si le Chef de l'Etat jouissait d'un pouvoir réglementaire étendu, tous les règlements importants qui, dans leur portée générale, complétaient la loi ou organisaient des services publics étaient néanmoins délibérés au Conseil d'Etat. Cet examen par le Conseil donnait aux règlements d'administration publique, à côté de leur caractère exécutif, une source quasi législa-

tive en raison du rôle primordial joué par l'organisme dans l'élaboration, la discussion et l'interprétation des lois.

Les régimes postérieurs ont conservé de cette pratique l'obligation imposée au Président de la République de prendre l'avis du Conseil d'Etat pour faire les règlements d'administration publique et les décrets rendus en cette forme. Mais aujourd'hui il s'agit davantage du respect d'une tradition que de la volonté d'établir le contrôle effectif d'une autorité qui n'a plus le caractère législatif qu'elle possédait sous le Régime Impérial. Aussi le fait de solliciter l'avis du Conseil au sujet des actes les plus importants du pouvoir réglementaire n'est-il plus considéré de nos jours que comme une formalité dont on a singulièrement réduit l'importance.

En proposant d'octroyer au Conseil d'Etat l'exercice du pouvoir réglementaire, nous franchissons une nouvelle étape dans une méthode législative qui veut aboutir au résultat que nous poursuivons : obtenir une meilleure législation. Une assemblée dans laquelle on conserve les traditions, où l'on a des vues d'ensemble et qui correspond à tous les départements ministériels est bien placée pour assurer l'unité d'application des lois comme des règles administratives, pour empêcher que les solutions ne varient avec les services et les ministères, pour donner à la rédaction, l'ordre, la simplicité, la clarté, autant de garanties que le Conseil d'Etat a toujours prodiguées. Tous les membres du Conseil d'Etat qui, sous différents régimes politiques ont écrit sur le droit administratif (1) ont été d'accord pour considérer le règlement d'administration publique comme la procédure indispensable du pouvoir réglementaire du Chef de l'Etat. Tous ont regardé comme nécessaire le contrôle du Conseil d'Etat sur l'exercice de cette prérogative exorbitante du pouvoir exécutif.

Un amendement (2) soutenu par MM. Savoye et Lacaze à l'occasion de la discussion de la loi du 24 mai 1872 avait pour but d'exiger que tous les règlements faits pour le pouvoir exécutif, à l'exception de ceux qui seraient inspirés par des circonstances spéciales et transitoires et qui ne statueraient sans aucun intérêt permanent, seraient obligatoirement soumis à l'avis préalable du Conseil d'Etat.

« A notre avis, dit l'instigateur de l'amendement, les principes

(1) Macarel, Vivien, de Cormenin, Boulatignier.

(2) Séance des 2 et 8 mai 1872, « J. O. » 1872, pp. 2960 et 2982.

seuls doivent inspirer les lois; nous avons pensé qu'il y aurait quelque chose d'anormal à exiger moins de garantie lorsque le gouvernement prend l'initiative d'un règlement pour organiser un service public en dehors de la loi que lorsqu'il se contente de veiller à l'exécution des détails de la loi sur la délégation du législateur; ainsi vous comblerez une lacune, vous consacrerez un principe, vous fortifierez une garantie ».,

A un autre titre, il est légitime de considérer le Conseil d'Etat comme seul bénéficiaire de l'exercice du pouvoir réglementaire. Par notre organisation qui donne à l'institution la prérogative de préparer tous les textes législatifs, le Conseil d'Etat devient l'auxiliaire directe de l'autorité législative et fait en quelque sorte l'office d'une antichambre où doivent pénétrer tous les projets de loi pour y recevoir une empreinte juridique. Quoi de plus naturel alors que de déléguer à cet organisme, intimement lié à la confection de la loi, le pouvoir de compléter un texte succinct ou d'établir des dispositions secondaires ou transitoires que le législateur n'a pas cru devoir fixer lui-même.

Quels avantages ne retirerait-on pas d'une organisation aussi souple qui permettrait au Parlement de voter des textes très concis contenant en quelques articles très courts les principes fondamentaux de la réforme à réaliser et de renvoyer pour les détails à un règlement d'administration publique.

Les Chambres se contenteraient de donner dans une loi une directive générale destinée à guider le Conseil d'Etat dans l'élaboration des mesures d'application pratique. Chaque organisme resterait dans les limites de ses attributions naturelles : aux Chambres, les considérations politiques; au Conseil d'Etat, l'examen des effets juridiques d'une disposition législative envisagée.

Nous aurions ainsi établi une procédure idéale pour l'application immédiate des lois déclarées urgentes par le Parlement. La réforme, que les nécessités politiques rendent urgentes, serait votée rapidement par les Chambres, rendue obligatoire dans un bref délai, sous la seule réserve d'un règlement d'administration publique qui, rendu en Conseil d'Etat, résoudrait le problème d'application et donnerait à la loi un statut juridique.

Ainsi le Conseil d'Etat dont nous avons voulu faire un collaborateur du pouvoir législatif ne saurait être indirectement privé de ses nouvelles attributions. Deux procédures sont alors laissées au

choix du législateur : soumettre d'abord le projet de loi au Conseil d'Etat afin de présenter au vote un texte juridique ou voter immédiatement les dispositions succinctes d'une réforme politique en chargeant le Conseil d'Etat d'en établir le statut juridique dans un règlement d'administration publique. Cette seconde procédure ne trouvera en principe sa raison d'être qu'en cas d'urgence, mais laisserait au Parlement la faculté de séparer plus nettement le caractère politique du point de vue juridique posé par un problème de législation : au surplus elle n'aura pas l'inconvénient de permettre à l'autorité exécutive de tourner la législation par l'exercice d'un pouvoir propre en matière réglementaire.

En donnant au Conseil d'Etat un pouvoir réglementaire délégué dans les limites consenties par le législateur lui-même, nous laissons celui-ci libre d'exercer ses attributions naturelles, et nous ne confions à notre institution que le complément de son rôle de préparateur des lois, nécessaire pour permettre au Conseil d'exercer le contrôle juridique de législation.

Chapitre III

FONCTIONNEMENT DU NOUVEL ORGANISME

Quelle que soit l'organisation politique d'une Nation, si harmonieusement équilibrée qu'on puisse supposer les pouvoirs, la volonté directrice de la vie sociale doit rester au Parlement, lui seul véritablement responsable devant le pays.

En reconnaissant au Conseil d'Etat le droit de participer à l'élaboration de la loi, nous n'avons cherché qu'à permettre à la législation d'être conforme au Droit après avoir été discutée sous son aspect politique. Nous avons considéré l'interprétation d'une loi comme l'explication du sens juridique d'un texte, et le pouvoir réglementaire comme la mise en œuvre d'une délégation spéciale de matières législatives; aussi, à ce double titre, avons-nous octroyé au Conseil d'Etat l'exercice de nouvelles fonctions législatives.

Mais si nous avons accordé à notre institution des attributions importantes en matière législative, aux points de vue initiative, élaboration, interprétation et pouvoir de compléter la loi, nous ne saurions suffisamment insister sur le fait que ce rôle législatif dont nous avons doté le Conseil n'empiète pas sur les attributions naturelles du Parlement, puisque la votation des textes de loi appartient toujours exclusivement aux deux Chambres; la décision à prendre, le dernier mot à dire sur une question revient au Sénat et à la Chambre des Députés.

Le fonctionnement du nouvel organisme ne laissera donc pas d'être dominé par le respect du principe de la séparation des pouvoirs; le Conseil sera un collaborateur du pouvoir législatif et non pas un rival du Parlement.

D'autre part, l'impossibilité pratique de dissocier du texte législatif l'élément juridique de l'élément politique — que nous avons séparés pour les besoins de la discussion — nous obligera à établir les bases d'un travail en commun entre les instigateurs juridiques et politiques de la loi : Commisissions parlementaires et membres du Conseil d'Etat devront, en principe, travailler ensemble à un même objet de législation.

Sans nous illusionner sur les difficultés d'ordre pratique soulevées par l'exercice des attributions législatives du Conseil d'Etat; ni sur les critiques formulées par des partisans convaincus de l'excellence du régime actuel, nous aborderons successivement, dans notre projet, l'organisation intérieure du Conseil d'Etat comme organe législatif et les différents rapports entre celui-ci et les pouvoirs publics en matière législative.

SECTION I

ORGANISATION INTÉRIEURE DU CONSEIL D'ETAT

Nous reconnaissons, évidemment, au nouvel organisme les fonctions administratives et contentieuses qui ont fait du Conseil d'Etat à la fois l'organe de contrôle de l'administration et la plus haute juridiction administrative, mais, volontairement, nous ferons abstraction de ces deux sortes d'attributions qui n'ont pas fait l'objet de notre étude.

Nous sommes poussés à confier purement et simplement les fonctions administratives aux sections du Conseil auxquelles nous concédons les attributions législatives, ce système ayant l'avantage d'être celui qui existe en fait à l'heure actuelle; mais nous sommes amenés à séparer plus efficacement le rôle législatif et administratif du Conseil et ses fonctions contentieuses. Pourquoi n'envisagerait-on pas, à côté du Conseil d'Etat proprement dit, la création d'une Cour Suprême administrative chargée de juger en dernier ressort tout le contentieux administratif. A cette Cour seraient affectés uniquement des membres issus du concours auxquels on reconnaîtrait l'inamovibilité à l'instar des magistrats judiciaires.

Nous ne parlerons que du Conseil d'Etat proprement dit, c'est-à-dire à notre sens de l'organisme chargé de fonctions législatives et administratives.

§ 1. — *Le personnel du Conseil d'Etat*

Comment recruter les membres du Conseil d'Etat ?

Aujourd'hui, le personnel du Conseil d'Etat est composé, d'après l'article 2 du décret du 13 janvier 1938, de cinq présidents de section, trente-six conseillers d'Etat en service ordinaire, quarante-trois maîtres des requêtes, vingt-cinq auditeurs de première classe et quinze auditeurs de deuxième classe, tous recrutés au concours. A cet effectif, il faut ajouter les trente et un conseillers d'Etat en service extraordinaire, hauts fonctionnaires de l'administration nommés par le Gouvernement.

L'important rôle législatif que nous avons reconnu au Conseil d'Etat nous oblige de prévoir, pour le Conseil d'Etat proprement dit, un personnel plus nombreux que celui qui a été affecté, par la législation récente, aux cinq sections administratives.

Nous envisagerons, en effet, plus loin, l'établissement de dix sections législatives-administratives, divisées chacune en deux comités pour l'instruction des affaires.

A la tête de chaque section nous placerions un président, deux conseillers en service ordinaire, deux maîtres des requêtes et deux auditeurs en ce qui concerne les membres du Conseil recrutés au concours. Mais nous ajouterions pour compléter l'effectif des formations envisagées et dans le but de donner au Conseil d'Etat un recrutement à l'extérieur : vingt conseillers en service extraordinaire, à raison de deux par section, nommés par les Chambres au début de chaque législature et pour quatre ans sur une liste de cinquante noms présentée par le Gouvernement (1). Auraient voix délibérative : le président, les conseillers en service ordinaire et extraordinaire et le rapporteur de la question, maître des requêtes ou auditeur ; les autres membres de la section auraient voix consultative.

Les conseillers en service extraordinaire sont actuellement recrutés parmi les hauts fonctionnaires de l'administration active : ce sont surtout les directeurs de ministère que l'on appelle pour siéger au Conseil d'Etat.

D'après l'article 5 de la loi du 24 mai 1872 « les conseillers en service extraordinaire sont nommés par le Président de la Répu-

(1) Les membres du Conseil d'Etat de 1848 étaient nommés par l'assemblée (voir plus haut, 2^e partie, titre 2, chap. 2, section 1).

blique: ils perdent le titre de conseillers d'Etat, de plein droit, dès qu'ils cessent d'appartenir à l'administration active »; d'après l'article II de la même loi. « ils ont voix délibérative, soit à l'Assemblée générale, soit à la section dans les affaires qui dépendent du département ministériel auquel ils appartiennent et n'ont que voix consultative dans les autres affaires ».

La loi du 27 août 1936 a porté le nombre des conseillers en service extraordinaire à trente et un. Nous pensons devoir limiter à vingt le nombre des Conseillers d'Etat en service extraordinaire auprès du Conseil d'Etat proprement dit, mais donner à ceux-ci voix délibérative en toutes circonstances.

D'autre part, il nous paraît préférable de recruter les conseillers d'Etat en service extraordinaire parmi les anciens hauts fonctionnaires de l'administration et parmi les citoyens qui ont fait preuve de qualités exceptionnelles à la tête d'un groupement professionnel ou dont la brillante carrière politique, juridique ou diplomatique a souligné le dévouement au bien public.

La nouvelle institution dont le recrutement aura été ainsi élargi saura rencontrer dans l'opinion publique la faveur qu'il convient de prodiguer à un organisme chargé du respect du Droit.

§ 2. — *Mode de délibération*

Les membres du Conseil d'Etat — dont le rôle serait limité, nous le rappelons, à des attributions législatives et administratives — se réuniraient en Assemblée générale, en Assemblée de sections, en section et en comité d'instruction.

Ainsi la section législative et administrative, cellule de notre organisation, pourrait, comme les sections contentieuses actuelles, exercer la double fonction d'organe de préparation et de décision.

Dans un but de simplification et pour ne pas ralentir la procédure d'élaboration des lois dans des cas simples, chaque Commission parlementaire correspondant à une section du Conseil d'Etat recevrait de cette section la collaboration régulière d'un conseiller d'Etat en service ordinaire et un en service extraordinaire, tous deux chargés, par leur présence et leur activité, de contrôler la formation juridique du texte de loi qui sera soumis aux Chambres, et, éventuellement, de proposer le renvoi devant le Conseil d'Etat.

Les affaires concernant plusieurs sections seraient arrêtées dans

une Assemblée de section voire même en Assemblée générale, sur la demande du ou des Présidents de sections saisis de la discussion.

A l'intérieur de chaque comité d'instruction, un rapporteur serait spécialement saisi dans chaque affaire et serait chargé tant du rapport devant la section, l'assemblée de sections ou l'assemblée générale, qu'éventuellement de l'exposé de la discussion juridique du texte législatif au sein des commissions parlementaires et devant les deux Chambres.

Les « formations » du Conseil d'Etat auront à connaître de tous les projets de lois nés de l'initiative reconnue à l'institution, de ceux qui lui seront renvoyés par une Commission parlementaire ou l'une des deux Chambres. L'Assemblée générale sera seule compétente pour élaborer les règlements d'administration publique et rendre l'interprétation des textes législatifs lorsqu'elle en sera saisie par le Chef de l'Etat, le Procureur général près la Cour de Cassation ou le Commissaire du Gouvernement auprès de la Cour Suprême administrative (1).

SECTION II

RAPPORTS DU CONSEIL D'ETAT AVEC LES CHAMBRES LÉGISLATIVES

En établissant les modes de délibération du Conseil d'Etat, nous avons déjà esquissé les principes qui régleront les rapports de notre institution avec le Parlement; nous avons implicitement admis que l'activité des membres du Conseil d'Etat s'exerçait de plusieurs façons en matière législative :

Puisque le Conseil détient l'initiative de la loi, il peut travailler, en comité, à l'élaboration d'un texte qu'il soumettra à l'état de projet à l'une des deux Chambres et dont il suivra le sort jusqu'au vote.

D'autre part, si le projet de loi émane du Chef de l'Etat ou si nous sommes en présence d'une proposition de loi, le Conseil sera admis à présider à la préparation du texte soumis aux Chambres par l'organe de ses représentants au sein des Commissions parlementaires.

(1) Voir 3^e partie, titre 3, chap. 2, section 3.

(2) Séances des 2 et 8 mai 1872. « J. O. », 1872, pp. 2960 et 2982.

res et, éventuellement, par la discussion du projet dans le cadre de section, de l'assemblée de section ou de l'assemblée générale.

Enfin, par le pouvoir réglementaire, spécialement délégué par les Chambres à notre institution, le Conseil d'Etat pourra, après le vote de la loi, établir en comités, en sections, en assemblées de sections ou en assemblée générale la rédaction juridique d'une loi par un règlement d'administration publique.

§ 1. — *En cas d'initiative émanant du Conseil d'Etat,*

le projet de loi a déjà reçu l'empreinte des juristes lorsqu'il est déposé sur le bureau de l'une des deux Chambres, mais comme il peut être modifié par des amendements, il convient de laisser aux deux conseillers d'Etat en service ordinaire et en service extraordinaire le soin de contrôler les effets des modifications éventuelles qui peuvent être apportées au texte primitif; nous retompons alors dans le second cas, plus fréquent, dans lequel l'initiative vient de l'une des autres sources que nous avons admises.

§ 2. — *Si le projet a été déposé par un ministre,*

au nom du chef de l'Etat, ou s'il s'agit d'une *proposition de loi* émanant de l'initiative parlementaire, l'élaboration du texte législatif sera suivie par les deux membres du Conseil d'Etat dont nous avons admis la présence au sein de chaque Commission parlementaire, et qui, par leurs observations juridiques, concourront efficacement à l'établissement d'un texte et à la rédaction de l'exposé des motifs. Devant la Chambre des Députés et devant le Sénat, chaque projet ou proposition de loi sera soutenue par deux rapporteurs : le député ou sénateur membre de la Commission désigné par celle-ci et, de droit, le conseiller d'Etat en service ordinaire affecté à la même Commission.

Sur la proposition d'un des deux conseillers d'Etat, la Commission d'une part, l'assemblée d'autre part, pourront, avant le vote définitif du texte, renvoyer celui-ci à la section compétente du Conseil d'Etat qui délibérera sur la question soumise ou renverra à l'assemblée de sections ou à l'assemblée générale du Conseil la solution du problème juridique soulevé.

§ 3. — *En cas d'urgence,*

pour éviter les lenteurs nécessaires à l'élaboration d'un texte politiquement et juridiquement conçu, on pourra soumettre au vote de chaque Chambre un projet ou une proposition succincte inspirée par les mobiles politiques. On réservera alors la rédaction juridique de la loi au Conseil d'Etat qui sera saisi directement par les Chambres du pouvoir de faire un règlement d'administration publique. Ce subterfuge permettra aux Chambres de voter le principe, le cadre d'une loi sans entrer dans le détail des dispositions particulières lesquelles allongent souvent, outre mesure, les débats parlementaires : l'urgence sera le plus souvent votée en considération du caractère principalement politique de la mesure envisagée.

Dans un but de simplification, il est indispensable que le nombre et la compétence des Commissions parlementaires soient identiques au Sénat, à la Chambre des Députés et au Conseil d'Etat : le travail de collaboration entre les trois organismes sera largement facilité. Mais nous préconiserons même l'adaptation des différents ministères aux formations envisagées dans les assemblées délibérantes où s'élabore la loi. Pourquoi ne pas admettre — au sein du pouvoir exécutif — un système homogène correspondant à l'organisation du pouvoir législatif.

Sans chercher à imposer rigoureusement notre classification, nous proposons d'établir la répartition des services publics en dix ministères qui feront l'objet d'un nombre égal de commissions parlementaires et de sections du Conseil d'Etat. Nous pourrions distinguer : la Justice, l'Intérieur, les Finances, les Affaires Etrangères, la Guerre, les Colonies, l'Instruction publique et Beaux-Arts, l'Agriculture, le Commerce et l'Industrie, les Travaux Publics.

Formant ainsi un ensemble cohérent, le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et le Conseil d'Etat — conseiller des deux autres — pourront mieux combiner leurs efforts pour doter la nation d'une meilleure législation et d'une administration mieux dirigée.

*
* *

Au lieu de faire intervenir le Conseil d'Etat soit dans l'élabora-

tion du texte du projet de loi, soit immédiatement après le dépôt du projet ou de la proposition de loi sur le bureau de l'une des Chambres, nous aurions pu saisir le Conseil d'Etat après le vote de la loi par les deux Assemblées. Dans ce dernier cas, notre institution n'*au- a priori* se borner à vérifier si aucune erreur juridique, aucune con- *a priori* se borner à vérifier si aucune erreur juridique, aucune contradiction ne s'étaient glissées dans le texte.

Mais ce rôle, modeste en apparence, eût été trop grand. Les avis du Conseil eussent ressemblé à des déclarations de conformité et l'organisme serait devenu le gardien suprême de la loi française; à juste titre, le Parlement n'aurait pas toléré une pareille censure.

L'organisation que nous avons proposée nous paraît plus conforme au véritable but que nous voulons confier au Conseil d'Etat : assurer l'élaboration juridique de notre législation ; le Conseil d'Etat méritera mieux encore l'éloge que lui prodiguait de Cormenin dans son droit administratif :

« Le Conseil d'Etat sera, selon l'expression de Cormenin (1) une machine utile et toujours en action, un instrument consultatif toujours prêt à rappeler les choses du passé, à donner le vrai sens des lois, à rédiger les règlements d'administration publique, à guider, à retenir, à fortifier la marche des Ministres par ses délibérés, ses avis, ses solutions ». Et de Cormenin ajoutait pour le bon fonctionnement de l'organisme : « peu de Conseillers d'Etat, peu de Maîtres des Requêtes mais diversement instruits, laborieux, pas mêlés à la vie inquiète et fatiguée des coureurs de portefeuilles; suffisamment payés, pas trop, car pour un Conseiller d'Etat il y a quelque chose qui vaut mieux que l'argent, la considération ».

(1) Droit administratif, tome II, appendice, p. 57.

CONCLUSION DE LA TROISIEME PARTIE

Dans notre projet de réorganisation du Conseil d'Etat, notre étude fut constamment guidée par le souci de faire de l'institution l'organisme le plus propre à contrôler juridiquement la législation du pays. Pour lui permettre de remplir d'une manière efficace le rôle que nous lui avons assigné et que l'Histoire lui avait déjà attribué au moins indirectement et partiellement, nous avons voulu que le Conseil d'Etat fût considéré comme « un vestibule » des Chambres législatives et qu'à ce titre il connût obligatoirement de la préparation de tous les projets de loi.

C'est également dans le but de compléter les attributions législatives de l'institution que nous avons cru devoir conférer au Conseil d'Etat l'octroi d'un pouvoir réglementaire délégué par l'autorité législative et la prérogative d'interpréter les lois : à quoi servirait le contrôle juridique *a priori* des textes législatifs si le Parlement pouvait l'éviter en votant d'urgence le cadre politique d'une loi et en laissant à l'autorité exécutive le soin de compléter celle-ci par un règlement ? D'autre part, l'interprétation législative intervient comme un complément indispensable du droit de prendre part à l'élaboration de la législation que nous avons reconnu au Conseil d'Etat : comment ne pas confier l'interprétation à l'organe qui est le plus qualifié pour dire avec quel esprit fut conçue une mesure législative ?

Pour réaliser le rôle législatif du Conseil d'Etat est-il nécessaire de bouleverser l'organisation actuelle de l'institution ? Seules des modifications de détail ont été apportées par la législation contemporaine au statut traditionnel de l'organisme. La division des membres en sections, leur groupement en assemblée générale nous paraissent assurer la meilleure répartition des membres du Conseil ; les fonctions de préparation des différentes sections, les attributions de contrôle de l'assemblée générale constituent le meilleur gage d'une bonne division du travail et ont contribué à faire du Conseil d'Etat un « donneur d'avis » sûr, compétent et consciencieux. Conservons donc pour le plus grand bien de notre législation les avantages du double degré de délibération que l'Histoire a toujours envisagé au sein du Conseil d'Etat. Mais à notre vis, le rôle confié au Conseil nécessite

l'inaltérabilité de ses membres issus du concours, car on ne saurait admettre la révocabilité de Conseillers qu'un mobile politique priverait de leurs fonctions; le besoin d'unité de tradition que nous avons reconnu au Conseil ne serait plus satisfait.

Le problème du recrutement des membres du Conseil d'Etat, rendu plus délicat par l'octroi d'attributions législatives à l'organisme, nous a poussé à élargir quelque peu le rôle des Conseillers en service extraordinaire : les services rendus par de hauts fonctionnaires de l'administration au sein du Conseil d'Etat sauront être appréciés; leur présence donnera à notre institution l'aspect d'une Assemblée où l'expérience des uns viendra étayer la science juridique des autres et permettra sans doute de mieux faire accepter par l'opinion publique l'idée d'une collaboration du Conseil d'Etat avec les Chambres à l'œuvre législative.

L'importance d'un Conseil d'Etat bien constitué est généralement sentie; que l'on soit partisan de deux corps législatifs distincts, ou d'un Sénat faisant partie intégrante de la représentation nationale et votant en commun avec l'assemblée démocratique, ou encore d'une seule assemblée homogène et indivisible, on comprend combien est essentiel à la vie d'un corps social cet organe destiné à maintenir l'harmonie entre les pouvoirs et à assurer le contrôle juridique des lois et de l'administration.

Conclusion générale

Pour n'avoir montré dans la présente étude que les attributions législatives du Conseil d'Etat, nous ne saurions nier l'importance qu'a toujours eu l'institution en matière administrative, ni le rôle a elle confié dans le domaine du contentieux administratif.

Nous ne voulons pas nous faire juge de la nécessité de la compétence juridictionnelle conférée au Conseil d'Etat, ni de la légitimité de la législation qui investit l'institution du pouvoir propre de trancher les différends dans lesquels l'Etat, les administrations ou les services publics se trouvent engagés.

Chercherions-nous une réponse à la question déjà posée dans un article de la *Revue Française* de 1830 : « Pourquoi deux justices ? Pourquoi l'administration craindrait-elle de soumettre ses différends avec ses administrés aux juges qui prononcent sur la fortune, sur l'honneur, sur la vie des citoyens ? » Nous pensons que l'explication la plus satisfaisante à cette interrogation réside dans l'examen des faits eux-mêmes qui ont démontré la nécessité d'un organisme spécial, distinct des Tribunaux judiciaires, pour juger des litiges administratifs; le succès de l'organisation administrative française a d'ailleurs tenté de nombreux pays étrangers et aucun de ceux qui en ont fait l'expérience n'en ont abandonné le projet.

Mais qu'il nous soit permis de faire abstraction de cette fonction juridictionnelle du Conseil d'Etat puisque le but même de notre étude fut de dégager les attributions traditionnelles de l'institution en matière législative. Nous n'avons proposé la distinction entre le Conseil d'Etat proprement dit et la Cour Suprême administrative que pour mieux permettre à notre institution de remplir son rôle législatif, et notre intention fut seulement de démontrer que les fonctions législatives du Conseil d'Etat, aujourd'hui trop réduites, doivent être con-

sidérées comme la base traditionnelle de l'institution imposée à la fois par l'Histoire et la raison.

§ 1. — *Caractère traditionnel des fonctions législatives
du Conseil d'Etat*

L'Histoire a montré que, sous l'ancien régime, le Conseil du Roi assistait le souverain dans l'exercice de ses fonctions législatives et exécutives et qu'à ce double titre il ne jouissait d'aucun pouvoir propre : il était considéré comme un « donneur d'avis », fonction primordiale de l'ancien concilium romain dont le Conseil de la Royauté prit les principaux caractères. C'est encore en lui attribuant des fonctions législatives et administratives que Napoléon restaura le Conseil d'Etat. Le rôle essentiel de l'institution renaissante, pour être plus attaché au Chef du pouvoir exécutif, n'en résidait pas moins dans la préparation des lois, leur rédaction, leur interprétation et dans le contrôle supérieur de l'administration. La Restauration, bien que timide, ne voulut pas oublier les bienfaits d'un organisme qui avait servi la Royauté et s'inspira directement des anciens Conseils du Roi. L'avènement de la République ne transforma pas les attributions essentielles du Conseil d'Etat qui, à travers tant de bouleversements, conservait son rôle fondamental de « conseil-conseil » des pouvoirs législatif et exécutif.

Aussi, en établissant les bases d'une réorganisation actuelle du Conseil d'Etat, n'avons-nous envisagé qu'une restauration des anciennes fonctions de l'organisme qui, historiquement, nous venons de le rappeler, fut non un juge souverain mais un « donneur d'avis » dont les pouvoirs faisaient l'objet d'une délégation expresse ou tacite.

Mais si nous nous sommes proposés de rendre au Conseil d'Etat ses anciennes traditions législatives et administratives, ce fut peut être moins sous l'influence de considérations historiques que parce qu'il nous est apparu que la nécessité d'un pouvoir consultatif résulte de la constitution intime de la nature humaine et que toute construction politique de l'homme ne saurait être conçue sans la création d'un Conseil.

Dans toute action de notre vie, il y a un acte de volonté et un acte d'exécution. Mais, si notre sentiment intérieur, notre cœur ou notre intelligence, décide souverainement, il est aidé dans sa détermination par une délibération, une consultation de la conscience où

les motifs sont examinés, pesés, comparés, discutés. Avant de prendre une attitude, notre intelligence et notre cœur doivent être guidés par cette délibération intérieure qui, aidée de toutes les lumières acquises, vient éclairer notre activité et lui montrer la direction à suivre.

De même, pour qu'il y ait raison, logique, esprit de suite dans l'exercice de la souveraineté nationale, il faut qu'à côté du Pouvoir législatif qui décide et de l'autorité exécutive qui agit, il y ait un organe consultatif pour éclairer les décisions de l'un et contrôler les actes de l'autre.

§ 2. — *Compatibilité du rôle législatif du Conseil d'Etat avec le principe de la séparation des pouvoirs*

La conception d'un conseil commun aux autorités législative et exécutive est-elle contraire au principe de la séparation des pouvoirs ?

« Tout serait perdu, disait Montesquieu, si le même homme ou le même corps de principaux, de nobles ou du peuple exerçait les trois pouvoirs : celui de faire les lois, d'exécuter les résolutions publiques et celui de juger les crimes. » La séparation des pouvoirs empruntée à Aristote, semble en effet être l'une des bases essentielles de notre droit public, elle était hautement proclamée dans l'article 16 de la Constitution de 1791, ainsi conçu : « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution ».

Nous aurions donc établi sur du sable les fondations d'un nouveau Conseil d'Etat, si la réforme que nous avons envisagée allait à l'encontre d'un principe aussi sacré qu'est celui de la séparation des pouvoirs dans une société moderne. Mais il nous apparaît que le rôle primordial de conseiller que nous avons rendu au Conseil d'Etat ne saurait en rien empiéter sur les attributions fondamentales des trois pouvoirs.

L'autorité législative jouit de la plénitude de ses prérogatives essentielles en conservant la votation des lois et le Conseil d'Etat ne nuit pas à l'exercice du droit de légiférer en bénéficiant d'attributions secondaires déléguées par le Parlement lui-même.

L'autorité exécutive ne peut se juger lésée par la perte du pou-

voir réglementaire qui, par ses effets généraux, revêt le caractère d'une véritable législation secondaire et doit échapper à la compétence de l'exécutif.

Enfin, l'autorité judiciaire ne saurait prétendre sa souveraineté menacée par l'octroi de l'interprétation législative au Conseil d'Etat. Celle-ci en vertu du principe « *ejus interpretari legem cujus condere* » doit appartenir à l'organe d'où émane la loi et ne peut être confondue avec l'interprétation journalière des textes rendus par les Tribunaux dans des cas individuels et dont la portée n'excède pas celle de l'autorité relative de la chose jugée.

Aussi jugeons-nous que les attributions législatives que nous avons confiées au Conseil d'Etat respectent la séparation des pouvoirs même dans la conception rigide de ce principe qui avait été forgé par Montesquieu.

Mais s'il est indispensable que le pouvoir arrête le pouvoir et s'il est vrai que le principe même de la séparation des diverses autorités de l'Etat fut mis en œuvre comme garantie pour enrayer l'arbitraire, il convient de ne voir dans ce principe que l'application, au gouvernement des hommes, des données d'une loi naturelle et souple : la division du travail. BLUNTSCHLI exprimait cette idée dans ces quelques mots : « L'homme d'Etat, disait-il, imite ici l'art admirable de la nature; l'œil est fait pour voir, l'oreille pour entendre, la bouche pour parler, la main pour agir et pour saisir. Le corps de l'Etat doit présenter un organisme semblable ».

L'Histoire elle-même a montré la nécessité d'une application nuancée du principe de la séparation des pouvoirs. Si, en effet, dans les premières heures de réaction contre le despotisme, l'Assemblée Constituante avait presque complètement supprimé l'intervention du Roi dans l'œuvre législative, la Constitution des 3-14 septembre 1791 appelait le Souverain à concourir dans une certaine mesure à la confection des lois, et les constitutions monarchiques postérieures ont chargé l'autorité exécutive d'une part parfois prépondérante dans l'exercice du pouvoir législatif.

L'évolution du régime parlementaire elle-même s'oppose à l'application rigide du principe de la séparation du pouvoir : si celui-ci exige que l'autorité législative n'empiète en aucune circonstance sur les prérogatives du pouvoir exécutif, peut-on nier l'action exercée par les Chambres sur la conduite du Chef de l'Etat et des Ministres;

la responsabilité ministérielle est le témoin de l'influence du Parlement sur la politique du Gouvernement.

§ 3. — *Le Conseil d'Etat, organe modérateur
dans le système constitutionnel*

A travers la conception plus souple du principe de la séparation des pouvoirs nous entrevoyons alors l'action pondératrice du Conseil d'Etat, son rôle de médiateur entre les divers éléments qui constituent la puissance publique.

Nous sommes sortis de la période d'« équilibre constitutionnel » pour entrer dans la phase d'« unité organique » d'après l'expression de Sièyès: nous devons chercher à établir le concours harmonieux des diverses facultés sociales représentées par les pouvoirs distincts. Il nous faut admettre, dans l'organisme politique, des institutions qui, semblables au balancier d'une horloge ou au volant d'une machine, régularisent le mouvement en coordonnant les diverses forces.

Dans tout système politique apparaît l'utilité d'un organisme destiné à assurer une collaboration effective de tous les rouages des services publics, mais la nécessité de ce pouvoir médiateur apparaît plus impérieuse encore dans une République démocratique où l'autorité législative appartient exclusivement à une assemblée issue du suffrage universel: quelque soient les hautes et brillantes capacités que renferme une telle assemblée, son caractère dominant est de représenter le sentiment populaire: c'est ce caractère qui fait précisément son droit suprême à l'exercice de la souveraineté, mais ce caractère rend aussi plus indispensable pour la maturité la coordination logique, l'enchaînement traditionnel des délibérations de l'Assemblée nationale, l'intervention consultative d'un corps représentant spécialement la science juridique et chargé comme tel de l'élaboration, de la rédaction et de l'interprétation des lois et voire même de l'exercice d'un certain pouvoir réglementaire.

Outre la mission particulière qui lui fut octroyée dans chaque régime politique, le Conseil d'Etat fut partout l'instrument qui réprime les tendances arbitraires, protège le droit, remédie aux ambiguïtés et aux contradictions de la législation, accommode ses projets au changement continu des besoins sociaux, étudie les réformes, empêche les conflits, bref, produit et maintient cette unité de vue et d'action dont ne peut se dessaisir une nation soucieuse de sa grandeur et de sa prospérité.

BENJAMIN CONSTANT énonçait à côté des autorités législative, exécutive et judiciaire un quatrième pouvoir qu'il appelait modérateur et qu'il plaçait au dessus, au moins en dehors des autres. Ce rôle de modérateur, nous voulons le confier au Conseil d'Etat, au point de vue législatif, nous lui avons attribué des fonctions qui, pour modifier quelque peu la procédure de la confection de la loi et l'exercice du pouvoir réglementaire, ne permettront pas moins au Conseil d'Etat d'exercer efficacement son contrôle juridique sur la législation du pays.

Serions-nous assez ingrats pour oublier les bienfaits nés des fonctions législatives qu'une longue tradition confia au Conseil d'Etat ? Si nous sommes tentés de ne pas reconnaître à notre institution ce qui fit sa gloire et ce qui sera aujourd'hui le remède à bien des maux, citons un texte qui nous rappellera la haute valeur morale des membres du Conseil et nous donnera une foi entière en l'avenir.

HINCMAR écrivait à Louis le Bègue combien il estimait les membres du Conseil attaché au Roi : « On prenait pour conseillers, autant qu'il était possible, des hommes qui, soit laïques, soit ecclésiastiques, craignaient Dieu, chacun selon sa qualité et ses fonctions; ensuite qui fussent si fidèles que, hors la vie éternelle, ils ne préférassent rien au Roi et au Royaume; des hommes qui ne fussent ni amis ni ennemis, ni donneur de présents, ni flatteurs, ni emportés ni remplis de cette sagesse hypocrite et trompeuse qui est celle du siècle et n'est pas aimée de Dieu, mais pourvus de cette sagesse et de cette intelligence qui sert à réprimer et même à ruiner entièrement par la justice et la raison ceux qui se confient en cette sagesse humaine dont j'ai parlé ».

Dans la séance de la Chambre des Députés du 26 septembre 1848, DUVERGIER DE HAURANNE montrait tout l'espoir qu'il attendait d'une institution si sage, et dont les membres avaient suivi les lointains mais lumineux modèles qui leur étaient proposés :

« Ce Corps composé d'hommes éminents et placé entre l'Assemblée qui fait la loi et le pouvoir qui l'exécute, tenant au premier par la racine, au second par son contrôle sur l'administration, aura naturellement une autorité qui tempérera ce que l'Assemblée pourrait avoir de trop hardi, ce que le Gouvernement pourrait avoir d'arbitraire ».

VU : *Le Doyen,*
E. ALLIX.

VU : *Le Président de la Thèse,*
L. ROLLAND.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le Recteur de l'Académie de Paris,
G. ROUSSY.

BIBLIOGRAPHIE

ALIX (G.). — *Du projet de loi sur la réorganisation du Conseil d'Etat* (Paris, A. Chaix, 1871, in-8°).

ARON (Gustave). — *Peut-on limiter le pouvoir législatif* (extrait de la « Grande Revue », n^{os} des 25 août-10 septembre 1911).

— *Les grandes réformes du Droit révolutionnaire* (Paris, 1910, in-8°).

AUCOC (Léon). — *Le Conseil d'Etat avant et depuis 1789* (Paris, 1876, Imprimerie Nationale).

— *Les collections de la législation avant 1789.*

— *La juridiction administrative et les préjugés* (Paris, 1864, Pau-ckouke, in-8°).

— *Des règlements d'administration publique et de l'intervention du Conseil d'Etat dans la rédaction de ces règlements* (Paris, 1872, Cotillon fils, in-8°).

BARTHÉLÉMY et DUEZ. — *Traité élémentaire de Droit constitutionnel* (Paris, Dalloz, 1926).

BAVOUX (F.-N.). — *Conseil d'Etat, Conseil Royal, Chambre des Pairs* (Paris, J.-P. Aillaud, 1838, in-8°).

BEAUMANOIR. .. *Coutumes du Beauvoisis* (publiées par Beugnot Arthur).

BEQUET. — *Répertoire de Droit administratif* (28 vol., Paris, 1882-1911).

BEQUET (Léon). — *Le Conseil d'Etat, organisation, fonctionnement* (Paris, P. Dupont, 1891, in-8°).

BERTHÉLÉMY. — *Traité élémentaire de Droit administratif.*

BEUGNOT (Comte A.-A. de). — *Essai sur les institutions de saint Louis* (Paris, F.-G. Levrault, 1821, in-8°).

— *Edition des Olim* (Paris, 1839-1848, 4 vol., in-4°).

BOEUF (F.). — *Explication de la loi du 24 mai 1872 sur le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits* (Paris, 1872, Dauvin frères).

BOISLISLE (Jean de). — *Mémoriaux du Conseil de 1661* (Paris, H. Laurens, 1907, in-8°).

BONNARD. — *Droit administratif*.

BRISSAUD. — *Histoire du Droit*.

BRUGÈRE (René). — *Le Conseil d'Etat : personnel, évolution, tendances* (thèse, Toulouse, imprimerie toulousaine, 1910, in-8°).

CAHEN (Georges). — *La loi et le règlement* (thèse, Paris, 1903).

CARRÉ DE MALBERG. — *Etude sur le concept de loi dans la Constitution de 1875* (Paris, Sirey, 1931).

CASATI. — *Principes généraux des lois. Essai historique sur le pouvoir législatif en France* (Paris, 1855).

CÉLICE. — *Du pouvoir législatif de la Cour de Cassation ou de la permanence du Droit honoraire* (discours de rentrée de la Cour d'Aix), Aix, 1888, in-8°.

CHÉNON (Emile). — *Histoire générale du Droit français public et privé des origines à 1815* (Paris, Sirey, 1929).

CHÉRUEL (Adolphe). — *Histoire de l'administration monarchique* (2 vol. in-8°, Paris, Dezobry, E. Magdeleine et Cie, 1855).

— *Dictionnaire historique des institutions de la France* (2 vol. in-18, Paris, L. Hachette, 1855).

CLÉMENT (Pierre). — *Lettres, Instructions et Mémoires de Colbert* (J. B., Paris, 1861-1882, 8 tomes en 10 vol. in-4°).

CLERMONT-TONNERRE (Comte de). — *Analyse raisonnée de la Constitution française* (Paris, Migneret, 1791, in-8°).

CORMENIN (de). — *Droit administratif* (Paris, 1840, 2 vol.).

— *Questions de Droit administratif*.

— *Conseil d'Etat. Observations en réplique*.

CORMENIN (de) (L.-M.). — *Du Conseil d'Etat, envisagé comme conseil et comme juridiction* (Paris, Pillet, 1918, in-8°).

DARESTE, DELPECH et LAFERRIÈRE. — *Les Constitutions modernes* (Sirey, 1928-1936).

DARESTE DE LA CHAVANNE (Antoine). — *Etudes sur les origines du contentieux administratif en France* (Paris, Durand, 1857, in-8°).

— *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal* (Paris, Guillaumin, 1848, 2 vol. in-8°).

DECLAREUIL. — *Histoire générale du Droit français, des origines à 1789* (Paris, Sirey, 1925).

DELARBE (Jules). — *Organisation du Conseil d'Etat. La loi du 24 mai 1872 annotée* (Paris, Marescq aîné, 1872, in-8°).

— *Le Conseil d'Etat, son organisation, ses attributions sous la Constitution du 30 mai 1875* (Nancy, Berger-Levrault, 1876, in-8°).

DESJARDINS. — *Le fonds du Conseil d'Etat de l'ancien régime aux archives nationales* (Nogent-le-Rotrou, Daupeley-Gouverneur, 1888, in-8°).

DUCROCQ (Th.). — *Cours de Droit administratif* (Paris, Ernest Thorin, 1874).

— *Le Conseil d'Etat et son Histoire* (Niort, L. Clouzot, 1867).

DU CROT (Lazare). — *Le vrai style du Conseil privé du Roi...* 1623 (Paris, J. Richer, 1623).

DUGUIT (Léon). — *Droit constitutionnel* (en 5 volumes, 1921-1925).

DUGUIT et MONNIER. — *Les constitutions de la France depuis 1789* (Paris, 1932).

ESMEIM. — *Histoire du Droit*.

FABAS (Th.). — *Du Conseil d'Etat dans la Constitution de 1848* (Paris, L. Martineci, 1848).

— *Un dernier mot sur l'organisation du Conseil d'État dans la République* (Paris, de Lange-Lévy, 1848).

FAVARD DE LANGLADE (G.-J. B^{on}). — *Conférence du Code civil avec discussion particulière du Conseil d'Etat et du Tribunal* (Paris, F. Dédot, An XIII-1805).

FONTANON (Antoine). — *Edits et Ordonnances des rois de France* (2^e édit., Paris, J. du Puy, 1585).

FRANCO. — *Des attributions législatives et réglementaires du Conseil d'Etat* (thèse prov., 1897).

FUSTEL DE COULANGES. — *La monarchie française*.

GAURÉT (Jacques). — *Style du Conseil du Roy, suite du style universel pour l'instruction des matières civiles et criminelles* (Paris, 1700, Les Associés, in-4°).

— *...Suivant l'ordonnance d'avril 1667* (id. 1715).

GÉNY (François). — *La technique législative dans la codification moderne* (livre du centenaire (Code civil), tome 2, p. 989).

GLASSON (E.). — *Histoire du Droit et des Institutions de la France* (Paris, Pichon, 1887-1903).

GRANCLAUDE. — *Cours d'Histoire du Droit* 1935-36 (Paris).

HAURIUO. — *Droit administratif*.

HOCHET. — *Du Conseil d'Etat* (Réserve Bibliothèque Nationale, in-4°).

ISAMBERT (François-André). — *Essai sur les limites qui séparent pouvoir législatif et pouvoir réglementaire* (Paris, Corréard, 1825)

— *Du pouvoir réglementaire ou de la nature et de la force des ordonnances* (Paris, Corréard, 1821).

ISAMBERT. — *Recueil général des anciennes lois françaises de 420 à 1789*.

JÈZE (Gaston). — *Principes généraux du Droit administratif*.

- JONGLEZ DE LIGNE (Alexandre). — *Etude historique sur le rôle politique du Conseil d'Etat* (Paris, E. Dentu, 1867, in-8°).
- LADOUCKETTE (Charles de). — *Du Conseil d'Etat* (Paris, bureau de la « Revue administrative », 1840, in-8°).
- LAFFERRIÈRE. — *Cours de Droit administratif*, 3^e et 5^e éditions.
- LÉONARDI. — *Le Conseil d'Etat sous la Restauration* (thèse, Paris, 1909, tome 9).
- LESCALOPIER DE NOURAR. — *Recherches sur l'origine du Conseil du Roi* (Paris, Babuty fils, 1765).
- LOCRÉ (B^{ox} Jean-Guillaume). — *Quelques vues sur le Conseil d'Etat considéré dans ses rapports avec le système de notre régime constitutionnel* (Paris, Gosselin, 1831, in-8°).
- *Du Conseil d'Etat* (Paris).
- *Esprit du Code Napoléon* (Paris, 1807, 5 vol. in-4°).
- MABILLON. — *De re diplomatica et Supplementum* (Lutetia parisiiorum, 1681-1704, 2 vol.).
- MACAREL et BOULATIGNIER. — *Cours d'Administration et de Droit administratif* (Paris, 1852, in-8°).
- MAILHIER DE CHASSAT. — *De l'interprétation des lois*.
- MARQUISSET (Alfred). — *Napoléon sténographié au Conseil d'Etat* (Paris, H. Champion, 1913, in-16).
- MIGNERET. — *Le Conseil d'Etat du Second Empire, 1852-1872* (Paris, E. Dentu, 1872, in-8°).
- MONGALVY (M.). — *Du Conseil d'Etat mis en harmonie avec les principes de la Charte constitutionnelle* (Paris, J.-P. Roret, 1828, in-8°).
- MONNIER (Francis). — *Guillaume de Lamoignon et Colbert : Essai sur la législation française au XVII^e siècle* (Paris, Didier, 1862, in-8°).
- *Mémoire sur les Ordonnances de d'Aguesseau* (Orléans, Colas Gardin, 1858, in-8°).
- NÉRON et GIRARD. — *Recueil des édits et ordonnances* (4^e édit., Paris, Richer, 1627).
- ORDINAIRE (Maurice). — *La révision de la Constitution* (Paris, Payot, 1934, in-8°).
- Ordonnances des Rois de France de la troisième race.*
- PARDESSUS (Jean-Marie). — *Essai sur l'organisation judiciaire et l'administration de la justice depuis H. Capet à Louis XII* (Paris, A. Durand, 1851, in-8°).
- PEROT (Ernest). — *Histoire du Droit français public et privé* (Paris, Sirey, 1932).
- PICOT Georges). — *Histoire des Etats Généraux*.

- PISTOYE (A. de). — *Du Conseil d'Etat ; de son organisation, de son autorité, de ses attributions* (Paris, Dupont, 1845, in-8°).
- PLANIOI et RIPERT. — *Traité élémentaire de Droit civil*, tome I^{er}.
- PUGET (Henry). — *Le Conseil d'Etat au temps de Napoléon* (Paris, Alcan, in-8°).
- Règlement intérieur de la Chambre des Députés* (dernière édition, juin 1936, Paris, imprimerie de la Chambre).
- Règlement intérieur du Sénat* (édition de 1935 mise à jour).
- REGNAULT (Prof.). — *Cours d'Histoire du Droit*, 1935-36, Paris.
- REGNAULT (A.), bibliothécaire du Conseil d'Etat. — *Histoire du Conseil d'Etat depuis son origine jusqu'à nos jours* (Paris, Vaton, 1853).
- REVERCHON. — *Conseil d'Etat, comité de législation* (Paris, 1842, in-8°).
- ROCHEFOUCAULD (Gaëtan de la). — *Des attributions du Conseil d'Etat* (Paris, 1829, in-8°).
- ROLLAND (Louis). — *Précis de Droit administratif* (Paris, Dalloz, 1934).
- SAINT-HILAIRE (Emile-Marco de). — *Napoléon au Conseil d'Etat* (Paris, V. Magen, 1843).
- SIREY. — *Du Conseil d'Etat sous la charte constitutionnelle* (Paris, 1818, 1 vol. in-4°).
- TARBOURIECH (Ernest). — *Du Conseil d'Etat comme organe législatif* (Paris, Chevalier, Mareseq, 1894, in-8°).
- TOCQUEVILLE (de). — *L'ancien régime et la Révolution*.
- TORREANAZ (L.-M. de La Torre Y Hoz). — *Mémoire sur le Conseil d'Etat* (Paris, 1873, Pedone, in-8°).
- VALLINE. — *Droit administratif*.
- VALOIS (Noël). — *Le Conseil du Roi aux XIV^e, XV^e et XVI^e siècles*, Paris, 1888, 1 vol. in-8°).
- VAN DEN BOCH (Firmin). — *Contre l'institution d'un Conseil d'Etat législatif* (Bruxelles, 1890, 1 fasc. in-8°).
- VIDAILLAN (de). — *Histoire du Conseil du Roi de l'origine à nos jours*
- VIOLLET (P.). — *Histoire des institutions publiques et administratives* (Paris 1890-1912).

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
1. Le Conseil d'Etat, la plus ancienne, la plus vitale institution française	7
2. La notion de loi et les attributions législatives au début de la monarchie	8
3: <i>Première partie</i> : Véritable source du Conseil d'Etat : le Conseil du Roi. — <i>Deuxième partie</i> : Origine proche du Conseil d'Etat : l'institution napoléonienne ; l'orientation du Conseil d'Etat depuis la chute de l'Empire. — <i>Troisième partie</i> : Essai de restauration du Conseil d'Etat dans ses attributions législatives..	10

PREMIÈRE PARTIE

VÉRITABLE SOURCE DU CONSEIL D'ETAT : LE CONSEIL DU ROI.....	13
INTRODUCTION. — <i>Exercice du pouvoir législatif à l'origine de la monarchie</i>	15
<i>Section I.</i> — Rôle des assemblées populaires.....	15
<i>Section II.</i> — Intervention de la Curia Regis.....	17
<i>Section III.</i> — Développement de la Curia Regis.....	20
CHAPITRE I. — <i>Le Conseil du Roi jusqu'au XIV^e siècle</i>	26
<i>Section I.</i> — Existence du Conseil du Roi prouvée par l'exégèse..	28
<i>Section II.</i> — Avis des anciens historiens sur le Conseil du Roi...	30
<i>Section III.</i> — Attributions législatives du Roi en son Conseil....	32
§ 1. — Formation et interprétation de la coutume.....	32
§ 2. — Elaboration des premiers établissements.....	35
<i>Section IV.</i> — Les fonctions particulières du Conseil en matière législative	38
§ 1. — Secrétaire permanent du Roi.....	38
§ 2. — Donneur d'avis	39
§ 3. — Co-législateur	40

§ 4. — Interprète des lois.....	41
CONCLUSION	42
CHAPITRE II. — <i>Le Conseil du Roi au XIV^e siècle</i>	45
Section I. — Reconnaissance légale du Conseil du Roi.....	48
§ 1. — Les textes	48
§ 2. — L'avis des auteurs.....	50
Section II. — Premiers éléments d'une séparation des fonctions..	51
§ 1. — Grand Conseil et Etroit Conseil.....	51
§ 2. — Chambre des Comptes.....	52
§ 3. — Administration active, administration délibérante.....	54
Section III. — Simulacre d'une séparation des pouvoirs. — Conseil et Parlement	55
Section IV. — Peut-on dégager les attributions législatives du Con- seil du Roi ?.....	58
§ 1. — Les mêmes formules révèlent le rôle du Conseil en matière législative	59
a) Préparation des lois.....	59
b) Interprétation des textes législatifs.....	60
§ 2. — Rôle du Conseil dans l'évolution du caractère de la loi.	61
a) Ordonnances, actes de l'autorité judiciaire et vœux....	62
b) Ordonnances et lettres.....	63
c) Ordonnances, édits irrévocables.....	63
d) Variété de la législation.....	63
CONCLUSION. — Le début du xiv ^e siècle, point crucial de l'histoire de la Royauté. — Le Conseil du Roi et les Etats Généraux....	64
CHAPITRE III. — <i>Le Conseil du Roi sous la période monarchique</i> ...	67
Section I. — L'organisation du Conseil.....	69
§ 1. — Aux xv ^e et xvi ^e siècles.....	71
§ 2. — Aux xvii ^e et xviii ^e siècles.....	73
Section II. — L'œuvre législative du Roi en son Conseil.....	77
§ 1. — Aux xv ^e et xvi ^e siècles.....	77
§ 2. — Aux xvii ^e et xviii ^e siècles.....	81
Section III. — Le rôle du Conseil dans l'élaboration des textes légis- latifs	84
§ 1. — Sous Louis XIV.....	84
§ 2. — Sous Louis XV.....	89
CONCLUSION. — <i>Sur le Conseil d'Etat de l'ancien régime</i>	92
Section I. — Nature juridique des fonctions du Conseil du Roi....	93

<i>Section II.</i> — Le rôle législatif du Conseil, parcelle de la compétence générale de celui-ci.....	95
---	----

DEUXIÈME PARTIE

L'ORIGINE PROCHE DU CONSEIL D'ÉTAT : L'INSTITUTION NAPOLEONNIENNE. ORIENTATION DE L'ORGANISME APRÈS LA CHUTE DE L'EMPIRE.....	99
--	----

INTRODUCTION. — <i>La renaissance du Conseil d'Etat après la Révolution</i>	101
---	-----

<i>Section I.</i> — Le mouvement révolutionnaire en anéantissant la royauté supprime le Conseil d'Etat.....	101
---	-----

<i>Section II.</i> — La licence des Assemblées cède le pas à l'autorité d'une oligarchie. — Le Conseil d'Etat renaît avec la prépondérance du pouvoir exécutif.....	104
---	-----

TITRE I. — LE CONSEIL D'ÉTAT SOUS LE RÉGIME NAPOLEONNIEN.....	107
---	-----

CHAPITRE I. — <i>Les attributions législatives du Conseil d'Etat sous le Consulat et l'Empire</i>	107
---	-----

<i>Section I.</i> — Sous le Consulat.....	107
---	-----

§ 1. — Le Conseil prépare la loi.....	110
---------------------------------------	-----

§ 2. — Le Conseil donne son avis et rédige les règlements d'administration publique.....	111
--	-----

§ 3. — Le Conseil interprète la loi par voie d'autorité.....	112
--	-----

<i>Section II.</i> — Sous l'Empire.....	113
---	-----

CHAPITRE II. — <i>Le concours du Conseil d'Etat à l'œuvre législative du Consulat et de l'Empire</i>	115
--	-----

TITRE II. — LE CONSEIL D'ÉTAT APRÈS LA CHUTE DU RÉGIME IMPÉRIAL.	119
--	-----

INTRODUCTION	119
--------------------	-----

CHAPITRE I. — <i>De la Restauration à la Révolution de 1848</i>	122
---	-----

<i>Section I.</i> — L'ordonnance du 29 juin 1814.....	123
---	-----

<i>Section II.</i> — L'ordonnance du 25 août 1815.....	125
--	-----

<i>Section III.</i> — L'ordonnance du 26 août 1824.....	126
---	-----

<i>Section IV.</i> — Ordonnances de novembre 1828.....	126
--	-----

<i>Section V.</i> — L'ordonnance du 18 septembre 1839.....	127
--	-----

<i>Section VI.</i> — La loi du 19 juillet 1845.....	129
---	-----

CHAPITRE II. — <i>De la Révolution de 1848 à la chute du Second Empire</i>	134
--	-----

<i>Section I.</i> — Le Conseil d'Etat de 1848-1849.....	134
---	-----

<i>Section II.</i> — Le Conseil d'Etat de 1852 à 1870.....	140
CHAPITRE III. — <i>La Troisième République</i>	144
<i>Section I.</i> — La loi du 24 mai 1872.....	145
<i>Section II.</i> — La législation contemporaine.....	148
<i>Section III.</i> — La législation actuelle.....	153
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE.....	157
<i>Section I.</i> — Vitalité du Conseil d'Etat.....	157
<i>Section II.</i> — Attributions essentielles du Conseil d'Etat.....	158
<i>Section III.</i> — Nouvelle orientation donnée à l'activité du Conseil d'Etat par la loi du 24 mai 1872.....	160

TROISIÈME PARTIE

ESSAI D'UNE RESTAURATION DU CONSEIL D'ETAT DANS DES ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES	161
INTRODUCTION	163
TITRE PRÉLIMINAIRE. — LOIS ET ATTRIBUTIONS LÉGISLATIVES.....	164
CHAPITRE I. — <i>La notion de loi</i>	165
<i>Section I.</i> — Théorie formelle.....	166
<i>Section II.</i> — Théorie matérielle.....	168
<i>Section III.</i> — Nature juridique du règlement.....	169
CHAPITRE II. — <i>Les attributions législatives</i>	172
<i>Section I.</i> — Attribut essentiel du pouvoir législatif.....	173
<i>Section II.</i> — Attributions législatives secondaires.....	174
§ 1. — Initiation	175
§ 2. — Préparation	175
§ 3. — Interprétation	176
§ 4. — Exercice du pouvoir réglementaire.....	177
TITRE I. — LA NÉCESSITÉ DE CORRIGER LA LOI.....	179
CHAPITRE I. — <i>A l'Etranger</i>	181
<i>Section I.</i> — La procédure législative au sein du Parlement.....	181
<i>Section II.</i> — Le rôle des organismes correcteurs.....	186
CHAPITRE II. — <i>En France</i>	190
<i>Section I.</i> — Les dispositions constitutionnelles.....	190
<i>Section II.</i> — Les suggestions des projets révolutionnaires.....	192
CONCLUSION	195

TITRE II. — COMMENT SOUS L'ÉGIDE DE LA CONSTITUTION DE 1875 A ÉTÉ RÉGLÉE LA QUESTION LÉGISLATIVE.....	197
CHAPITRE I. — <i>Principes posés ou respectés par la Constitution elle-même</i>	198
Section I. — Constitutionnalité des lois.....	198
Section II. — Dualité des Chambres.....	199
Section III. — Partage de l'initiative des lois entre les Chambres et le Gouvernement.....	200
Section IV. — Droit du Président de la République de demander aux Chambres une nouvelle délibération.....	200
Section V. — Exercice du pouvoir réglementaire.....	201
Section VI. — Rôle consultatif du Conseil d'Etat.....	202
CHAPITRE II. — <i>Fonctionnement du pouvoir législatif d'après les règlements des Chambres</i>	203
Section I. — Initiative de la loi.....	203
Section II. — Elaboration de la loi.....	205
Section III. — Délibération de la loi.....	207
CHAPITRE III. — <i>Critique de l'organisation actuelle</i>	210
Section I. — Principes qui régissent la formation de la loi.....	210
Section II. — Rôle du Conseil d'Etat.....	213
CONCLUSION. — <i>L'Office National Economique et le mouvement de représentation professionnelle</i>	214
TITRE III. — COMMENT LE CONSEIL D'ETAT PEUT-IL CONCOURIR A CORRIGER LA LOI.....	219
INTRODUCTION	219
CHAPITRE I. — <i>Divers systèmes proposés depuis 1872</i>	222
Section I. — Projet Floquet.....	222
Section II. — Propositions Ricard et Arnous.....	223
Section III. — Proposition Marin.....	225
Section IV. — Proposition Bender.....	226
CHAPITRE II. — <i>Esquisse d'une réorganisation théorique du Conseil d'Etat</i>	228
Section I. — Le Conseil d'Etat co-bénéficiaire de l'initiative en matière législative.....	231
Section II. — Le Conseil d'Etat préparateur juridique des textes législatifs	233

<i>Section III. — Le Conseil d'Etat interprète des textes législatifs..</i>	236
§ 1. — Nature juridique de l'interprétation législative.....	237
§ 2. — Application historique de la règle « ejus est interpretari eujus condere legem ».....	239
§ 3. — Rôle du Conseil d'Etat dans l'interprétation législative.	241
§ 4. — L'initiative en matière d'interprétation législative.....	244
<i>Section IV. — Le Conseil d'Etat délégataire du pouvoir réglemen- taire</i>	247
§ 1. — La nature juridique du pouvoir réglementaire.....	248
§ 2. — Portée du pouvoir réglementaire.....	250
§ 3. — Rôle du Conseil d'Etat en matière réglementaire.....	252
<i>CHAPITRE III. — Fonctionnement du nouvel organisme.....</i>	256
<i>Section I. — Organisation intérieure du Conseil d'Etat.....</i>	257
§ 1. — Le personnel du Conseil d'Etat.....	258
§ 2. — Mode de délibération.....	259
<i>Section II. — Rapports du Conseil d'Etat avec les Chambres légis- latives</i>	260
§ 1. — En cas d'initiative émanant du Conseil d'Etat.....	261
§ 2. — Si le projet a été déposé par un ministre.....	261
§ 3. — En cas d'urgence.....	264
<i>CONCLUSION DE LA TROISIÈME PARTIE.....</i>	264
<i>CONCLUSION GÉNÉRALE.....</i>	266
§ 1. — Caractère traditionnel des fonctions législatives du Conseil d'Etat.....	267
§ 2. — Compatibilité du rôle législatif du Conseil d'Etat avec le principe de la séparation des pouvoirs.....	268
§ 3. — Le Conseil d'Etat, organe modérateur dans le système constitutionnel	270
<i>BIBLIOGRAPHIE</i>	272

